
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Bartolomé Muñoz, Irene; Líbano Beristain, Arantza, dir. El artículo 416 LECrim en supuestos de violencia de género : ¿una protección o desprotección hacia la víctima?. 2021. 82 pag. (1285 Grau en Dret i Grau en Relacions Laborals)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/245352>

under the terms of the  license

EL ARTÍCULO 416 LECrim EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

*¿Una protección o desprotección hacia la
víctima?*

Trabajo de Fin de Grado
Grado en Derecho

Autora: Irene Bartolomé Muñoz
Tutora: Arantza Libano Beristain

Bellaterra, 14 de mayo de 2021



RESUMEN/ABSTRACT

El artículo 416 LECrim establece el derecho a ser dispensado de la obligación general de declarar por razones de parentesco con el investigado con la finalidad de evitarle el conflicto que derivaría tal situación entre decir verdad y el vínculo familiar que presenta con el procesado.

Tal y como aparece configurada dicha dispensa en la actualidad, es aplicable para aquellos casos donde el testigo, a su vez, es la víctima en los delitos de violencia de género. El hecho que la víctima-testigo de este tipo de delitos decida en fase de juicio oral no declarar (motivada por varios elementos psicológicos, sociales, culturales...) aboca inevitablemente en la mayoría de los casos a un fallo absolutorio, al ser esta declaración la única prueba con suficiente carga probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia del agresor, dado el carácter íntimo, silencioso y paulatino de esta violencia.

El presente trabajo realiza una aproximación a la cuestión, así como un estudio de los numerosos pronunciamientos vertidos hasta la actualidad, para posteriormente exponer propuestas de *lege ferenda* que ofrezcan una mejora en la protección de las víctimas de este tipo de violencia tan deleznable.

Para ello se ha hecho uso de diferentes fuentes de información, como son artículos de revistas, monografías, estadísticas, jurisprudencia y doctrina con los que se ha podido establecer una visión genérica de la cuestión.

Palabras clave: violencia de género, víctima, testigo, agresor, parejas, dispensa a declarar, absolución, reforma normativa.

Article 416 LECrim establishes the right to be exempted from the general obligation to testify for reasons of kinship with the investigated in order to avoid the conflict that such a situation would derive between telling the truth and the family bond that presents with the defendant.

As this dispensation appears configured, it is applicable to those cases where the witness is also the victim in crimes of gender violence. The fact that the victim-witness of this type of crimes decides in the oral trial phase not to testify (a decision motivated by several psychological, social, cultural elements...) inevitably leads in most cases to an acquittal, as this statement is the only evidence with sufficient probative burden to disprove the presumption of innocence of the aggressor, given the intimate, silent and gradual nature of this violence.

This paper makes an approach to the issue, as well as a study of the numerous pronouncements made to date, to later present reform proposals that offer an improvement in the protection of victims of this type of despicable violence.

For this, different sources of information have been used, such as journal articles, monographs, statistics, jurisprudence, and doctrine with which it has been possible to establish a generic vision of the issue.

Keywords: gender violence, victim, witness, aggressor, couples, dispensation to statement, acquittal, normative reform.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

1. INTRODUCCIÓN: la violencia de género y su distinción con la violencia doméstica	1
2. LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	7
3. LA DISPENSA A NO DECLARAR DEL ARTÍCULO 416 LECRIM...13	
a) Dispensa al deber de comparecer y declarar	14
b) Dispensa al deber de comparecer	14
c) Dispensa al deber de declarar	15
3.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ARTÍCULO 416 LECRIM.....	16
3.2. SUPUESTOS EN LOS QUE LA VÍCTIMA PUEDE ACOGERSE A LA DISPENSA LEGAL DEL ARTÍCULO 416 LECRIM	17
3.3. CONTENIDO DE LA DISPENSA.....	21
a) Primeros pronunciamientos judiciales: delimitación del ámbito de aplicación	23
b) La ida: el Acuerdo no Jurisdiccional del TS, de 24 de abril de 2013	24
c) La vuelta: el Acuerdo No Jurisdiccional del TS, de 23 de enero de 2018	28
d) ¿El final?: la STS nº 389/2020, de 10 de julio.....	31
3.4. MOMENTO PROCESAL DE INFORMAR SOBRE LA DISPENSA DEL ARTÍCULO 416 LECRIM	34
4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 416 LECRIM EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	41

4.1. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: MOTIVOS MÁS COMUNES PARA EL ACOGIMIENTO A LA DISPENSA A NO DECLARAR	41
4.2. LA RETIRADA O RETRACCIÓN DE LA DENUNCIA	44
4.3. LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DIFICULTAD PROBATORIA	46
5. PROPUESTAS DE MEJORA	49
a) La prueba preconstituida	49
b) La prueba indiciaria	51
c) La declaración de testigos de referencia	52
d) Posibles reformas legales	54
6. CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFÍA	62
Monografías y partes monográficas	62
Artículos de revista	63
Legislación	67
Jurisprudencia y doctrina judicial	69
Fuentes estadísticas	72
ANEXOS.....	73

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
FGE	Fiscalía General del Estado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOMPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
SAP / SSAP	Sentencia/Sentencias de la Audiencia Provincial
STC / SSTC	Sentencia/Sentencias del Tribunal Constitucional
STS / SSTs	Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN: la violencia de género y su distinción con la violencia doméstica

El artículo 24.2 II *in fine*¹ de la Constitución Española de 1978 reconoce la posibilidad de establecer excepciones a la obligación de declarar contemplada en el artículo 410 de la LECrim que tiene toda persona que ha presenciado un hecho con apariencia delictiva. Las posibles dispensas que el legislador ha contemplado encuentran diferentes fundamentos, ejemplo de ello sería por razones de Estado (artículo 410 LECrim), por razones de oficio o cargo que ejerce el testigo (artículo 417.2 LECrim), por razón de su incapacidad física o moral (artículo 417.3 LECrim) o por razones de parentesco con el acusado (artículo 416 LECrim). Esta última dispensa mencionada no ha estado exenta de controversia cuando se ha tratado de supuestos donde el testigo que es llamado a declarar por delitos de violencia de género, a su vez, es la víctima del mismo, por lo que ha sido preciso el pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales españoles en multitud de ocasiones.

El conflicto recae cuando en el marco de un proceso penal de violencia de género, la declaración de la víctima-testigo es la única prueba que existe para desvirtuar la presunción de inocencia del investigado y esta decide acogerse a la dispensa en el juicio oral (incluso en casos en los que ella misma ha sido la que ha denunciado los hechos) con lo que su silencio conduce a la impunidad de los actos cometidos por su presunto agresor por carencia de pruebas incriminatorias.

Esta dificultad probatoria para condenar a los responsables de delitos de violencia de género debería ser subsanada por los mecanismos legales con los que cuenta el ordenamiento jurídico en aras de erradicar la violencia machista tan presente (aún)

¹ Según la sinopsis del artículo 24 CE realizada por ORTEGA GUTIÉRREZ “No es claro el contenido del artículo 24 en cuanto a su estructura interna. (...) En todo caso, su contenido se podría sintetizar en el derecho a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de la indefensión, a las garantías constitucionales del proceso penal, a la presunción de inocencia y a la exclusión del deber de testificar”. (ORTEGA GUTIÉRREZ, David, “Constitución Española: Sinopsis artículo 24”, *Portal online del Congreso de los Diputados*, (2003), en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2> [consultado: 23/01/2021])

en nuestro día a día. La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2019² reiteró la necesidad de una reforma de la dispensa ofrecida por el artículo 416 LECrim a los testigos con vínculos de parentesco con el investigado en caso de que además sean las víctimas en delitos de violencia de género, puesto que dan origen al 39,7% de las sentencias absolutorias de este ámbito³.

Respecto a la jurisprudencia sobre la referida cuestión objeto de estudio es necesario hacer una especial alusión (junto con los fallos judiciales ordinarios que abordaremos posteriormente) a los Acuerdos No Jurisdiccionales del Pleno del TS realizados en los últimos años con el objetivo de ofrecer criterios a seguir sobre el ámbito y contenido de esta dispensa.

El uso de esta técnica por parte de los juzgadores ha resultado ser de gran importancia en la práctica e incluso puede acabar configurando el preludio de un futuro (y necesario) cambio legislativo, y que a lo largo del presente trabajo se tratará de mostrar.

La violencia de género es la lacra por excelencia que vive la sociedad española en la actualidad, que va más allá del ámbito familiar y privado, provocando una situación desigual entre las mujeres y hombres de nuestra sociedad, y que, pese a los esfuerzos realizados desde diferentes instituciones y agentes sociales, no se ha conseguido erradicar. Y es que, la supresión de la infravaloración social hacia el género femenino, que es el cimiento de la violencia de género, precisa de unas complejas y profundas reformas que conlleva su tiempo y esfuerzo.

La introducción en el sistema jurídico español del término “violencia de género” es algo tan reciente como su propio reconocimiento social. Su aparición se sitúa con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004⁴, de 28 de diciembre, de Medidas de

² Fiscalía General del Estado, “Memoria de 2019 de la Fiscalía General del Estado”, (2020), en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html [consultado 18/03/2021].

³ Consejo General del Poder Judicial (España), “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial - Anual 2020”, (2020), en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2020> [consultado: 25/03/2021].

⁴ Tal y como comenta PERAMATO MARTÍN, su aprobación supuso un gran logro en nuestro ordenamiento para la lucha contra la violencia sobre la mujer y un referente en Europa. (PERAMATO MARTÍN, Teresa, “Aspectos jurídicos de la violencia de género: Evolución”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 51 (2015), pp. 8-25.)

Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG), donde en su Exposición de Motivos (I) ya la definía como una “violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo” y en su artículo 1 apuntaba en el mismo sentido al establecer que se trata de una violencia ejercida sobre mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o ligados a ellas por relaciones análogas de afectividad, aun sin convivencia⁵.

Tal conceptualización se presenta desdibujada en muchas ocasiones por su coexistencia con otro concepto legal previo a la aparición de “violencia de género”, y que no es otro que el de “violencia doméstica” o “violencia intrafamiliar”. El presente trabajo no tiene por finalidad centrarse en un examen exhaustivo de ambos términos (el cual podría ser extenso y complejo) pero lo cierto es que para poder centrarnos en el objeto de nuestro trabajo, debemos delimitar ambos conceptos.

La primera manifestación en el sistema jurídico penal español de la violencia doméstica aparece con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal vigente en aquel momento⁶. Es este texto legal el primero donde el legislador incorpora en su artículo 425⁷ el delito de violencia habitual (en aquel momento exclusivamente física) sobre determinados sujetos, los cuales con las sucesivas reformas se vieron considerablemente ampliados. Posteriormente a esta primera referencia normativa encontramos la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre por la cual se aprueba el Código Penal vigente⁸, y donde se traslada la previsión referida a su artículo 153. Dicho precepto, que seguía contemplando exclusivamente la violencia de carácter físico, se vio ampliado concibiendo también la violencia psíquica⁹ con la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio de modificación

⁵ Además, también en la Exposición de Motivos I se recuerda que la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya la violencia contra las mujeres, refiriéndose a ella como un obstáculo para la consecución de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, además de constituir una violación y un menoscabo del disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales.

⁶ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. [BOE-A-1989-14247]

⁷ Artículo 425: «El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor».

⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [BOE-A-1995-25444]

⁹ Artículo 153: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o

del CP. Finalmente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros¹⁰, volvió a ampliar el ámbito subjetivo de la violencia doméstica con la nueva redacción del artículo 173 CP¹¹.

La violencia de género es una figura mucho más acotada respecto a los sujetos que abarca, puesto que deja fuera de su ámbito a la violencia doméstica. No negamos que el concepto legal de violencia de género esté comprendido dentro del de violencia doméstica, puesto que este último es mucho más amplio al integrar a la familia en general y es capaz de integrar toda violencia producida dentro del núcleo familiar.

El Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, aprobada por Naciones Unidas en 1979, y ratificada por 187 países, incluido España), en su Recomendación nº 19 de 1992 declaró que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación dirigida contra las mujeres por su condición de ser mujer, y afecta a las mujeres de manera desproporcionada¹².

incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica».

¹⁰ A esta se refiere RAMON RIBAS como el último eslabón de toda la cadena de cambios legales en el ámbito de la violencia doméstica, y antecedente a la que más tarde sería la LOMPIVG de 2004. (RAMON RIBAS, Eduardo, *Violencia de género y violencia doméstica*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 48.)

¹¹ Artículo 173.2: «2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica».

¹² FUENTES SORIANO, Olga, “Especialidades en materia de violencia de género”, en: ASENSIO MELLADO, José María (Dir.), *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019, p. 507.

La diferencia esencial entre ambas figuras es la perspectiva, puesto que, tal y como comenta MAQUEDA ABREU, una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia¹³. Los sujetos incluidos en el concepto jurídico de violencia doméstica los encontramos en el artículo 173.2 CP, y se tratarían de personas vinculadas familiar o afectivamente al agresor/a (vgr. cónyuges, parejas de hecho o relaciones de noviazgo actuales o pasadas, ascendientes, descendientes, hermanos propios o del cónyuge o conviviente), personas con las que vive (vgr. menores o discapacitados con necesidad de protección, convivientes o sujetos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda del cónyuge o conviviente) u otras personas integradas en el núcleo familiar¹⁴. Como podemos observar no existe relevancia en el género del agresor o la víctima, solamente se exige una vinculación familiar y que sea a consecuencia de un sentimiento de superioridad del agresor respecto a la víctima. Mientras que los sujetos incluidos en la concepción de violencia de género se limitan a hombres que cometen delitos contra sus mujeres (o ex mujeres) o contra las que tiene o haya tenido una relación análoga de afectividad (vgr. parejas de hecho) aun sin convivencia (vgr. relaciones de noviazgo). La víctima en este caso apunta exclusivamente a la mujer¹⁵ por el simple hecho de serlo, pero tal apreciación no abarca a la totalidad del género femenino, sino a aquellas mujeres que reúnan las características de afectividad a las que hemos hecho referencia con el presunto agresor.

¹³ MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de Género: Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 08-02 (2006), p. 02:4.

¹⁴ CUENCA GARCIA, María José, “La violencia en el ámbito familiar: historia y actualidad”, en: ESPUNY TOMÁS, María Jesús y ZAPATER LUQUE, Esther, *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 161.

¹⁵ Tal y como afirman los hermanos LORENTE ACOSTA: “A la mujer no se le maltrata por ser madre, novia o ama de casa, sino por ser mujer, por ello es importante delimitar conceptualmente la violencia que se ejerce sobre la mujer, ya que al denominarla incorrectamente (por ejemplo como “violencia doméstica” o “violencia familiar”) se está relacionando sólo con un ambiente concreto, el familiar o doméstico, y de ahí se puede pasar con relativa facilidad a limitarlo a determinados tipos de familia, a ciertas circunstancias, a algunos hombres que son enfermos, alcohólicos o especialmente violentos, o también a mujeres que los provocan”. (LORENTE ACOSTA, Miguel; LORENTE ACOSTA José Antonio y LORENTE ACOSTA, Manuel Javier, *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Granada: Editorial Comares, 1998, p. 85.)

Nos encontramos así ante un concepto muy restrictivo¹⁶ que ha suscitado una gran oposición al tratarse de una conceptualización muy limitada, la cual no incluye (por el momento) las posibles violaciones *lato sensu* que sufren mujeres por parte de hombres con los que no presenta relación previa alguna.

De todas formas, el problema objeto de estudio que se plantea aquí aparece cuando el sujeto llamado a declarar presenta una posición dual en el proceso penal: el de testigo y el de víctima de los hechos con apariencia delictiva.

¹⁶ Algunos autores expresan su disconformidad sobre la reducida extensión del referido concepto al dejar fuera la violencia sufrida en el ámbito profesional, laboral o social en su sentido más amplio. Véase como ejemplo MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de Género”, op. cit., p. 02:5.

2. LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Como paso previo al análisis de la figura de la dispensa al deber de declarar de las víctimas-testigo de violencia de género, es conveniente hacer referencia a la obligación legal de denunciar la cual, dentro del orden lógico del proceso penal, tiene lugar de forma previa a la de declarar.

El artículo 259 LECrim¹⁷ prevé la obligación de todo ciudadano a denunciar ante la comisión de un delito público tipificado en el CP. Según el mencionado precepto y sus correlativos, están obligados a denunciar¹⁸: quienes hubieran presenciado su perpetuación (artículo 259 LECrim), quienes, por razón de su cargo, profesión u oficio¹⁹ tuvieran noticia de ellos (artículo 262 LECrim), y quienes, por cualquier medio diferente a los mencionados, conocieran la perpetuación de alguno de ellos (artículo 264 LECrim).

Los delitos vinculados a la violencia de género (o contra la mujer) constituyen una clara manifestación en el ordenamiento jurídico español de la discriminación por razón de género existente en la sociedad, los cuales suelen producirse de forma paulatina y disimuladamente, originando con ello un claro deterioro de la víctima y de su entorno más próximo (véase como ejemplo más común hijos e hijas)²⁰.

En nuestro sistema jurídico actual, por regla general, todos los delitos de violencia de género son de carácter público²¹, por lo que su perseguibilidad es de oficio (a

¹⁷ Artículo 259: «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas».

¹⁸ Tal y como apunta RUÍZ LÓPEZ se trataría de realizar una “declaración de conocimiento dirigida al órgano oficial correspondiente por la que se pone en su conocimiento la sospecha de la comisión de un hecho tipificado en el CP (traslado de la *notitia criminis*) para que procedan de conformidad con sus funciones encomendadas”. (RUÍZ LÓPEZ, Cristina, “La denuncia del delito de violencia de género: Perspectivas interrelacionadas”, en: SOLETO MUÑOZ, Helena (Ed.), *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Madrid: Editorial Dykinson, 2015, p. 75.)

¹⁹ Véase como ejemplo los profesionales socio sanitarios, los cuales en un gran número de casos son los sujetos que detectan la existencia de este tipo de violencia tan difícil de identificar (puesto que no solo se trata de una violencia física, sino que en la mayoría de ocasiones comporta un daño psicológico).

²⁰ PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La ruptura del silencio del cómplice: Especial referencia a la obligación de denuncia de los profesionales y a la dispensa del artículo 416 LECrim”, *VI Congreso del Observatorio Contra la violencia doméstica y de género (CGPJ)*, (2016), p. 5.

²¹ La regla general en el sistema procesal español es la perseguibilidad de oficio de los delitos públicos, dando así flexibilidad máxima a la incoación del proceso penal. Pero es cierto que existen

excepción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual²²) y no sería preciso que mediase denuncia de la mujer víctima para poner en conocimiento de la autoridad correspondiente la comisión de hechos delictivos. Pero lo cierto es que esta tipología de delitos, en su mayoría, se caracterizan por efectuarse dentro de la esfera más íntima y personal de las partes implicadas, con lo que si ningún sujeto externo puede llegar a tener conocimiento de los hechos (vgr. familiares o servicios públicos) queda prácticamente en manos de la víctima la posibilidad de que se juzguen (o no) tales delitos.

Estas particularidades, impiden claramente justificación alguna para aquel que, teniendo conocimiento de tales hechos, no responda poniendo en marcha los mecanismos judiciales a su abasto e imposibilitar así que el agresor continúe perpetuando acciones tan destructoras y perjudiciales hacia la víctima. Por tanto, en estos casos no solo debe limitarse tal deber de denuncia a una mera obligación legal, sino que debe considerarse una auténtica responsabilidad moral de protección hacia la mujer víctima de género. Es más, están especialmente obligados a denunciar aquellos que tengan conocimiento de los hechos delictivos por razón de su cargo, profesión u oficio como puede ser el cuerpo médico de urgencias²³.

Pese a ello (igual que sucede con el deber de declarar) la LECrim contiene excepciones a esta obligación general de denunciar en su artículo 261^{24 25} por

determinados tipos de delitos que se apartan de esta regla genérica, y no son otros que los delitos semipúblicos y los privados (injurias y calumnias) donde a la víctima se le dota de una gran capacidad de influencia en el devenir del propio proceso penal. (GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2º Edición, Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2018, p. 169.)

²² El artículo 191 CP continua exigiendo la denuncia de la víctima para su perseguibilidad, pese a que el Convenio de Estambul de 2011 (ratificado por España: BOE-A-2014-5947) en su artículo 55.1 establece que «Las Partes velarán por que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y por qué el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia».

²³ ROBLES GARZÓN, Juan Antonio y ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (Coord.), *Lecciones breves de derecho procesal penal*, 2º Edición, Granada: Editorial Comares, S.L., 2020, p. 61.

²⁴ Artículo 261: «Tampoco estarán obligados a denunciar:

1.º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.

2.º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive».

²⁵ Este artículo 261 LECrim fue modificado por el apartado cuarto de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

razones de parentesco (y que persiguen la misma fundamentación que la contemplada en el artículo ulterior)²⁶. Este precepto excusa de la obligación de denunciar: al cónyuge del presunto delincuente, no separado legalmente o de hecho, a la persona que conviva y tenga una relación de afectividad y de igual modo, a sus ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta el segundo grado.

Uno de los elementos que han sido más problemáticos en torno a esta concesión recae en la identificación de la verdadera intención del legislador cuando nos hallamos frente a una víctima (y única testigo) de delitos de violencia de género la que debe elegir denunciar, o, por el contrario, ampararse en el artículo 261 LECrim.

El contenido de esta dispensa resulta ser muy diferente si consideramos que el propósito del precepto se limita únicamente a salvaguardar el encubrimiento o silencio entre cónyuges (o personas con relación de afectividad análoga) cuando uno de ellos perpetúa un delito contra un tercero; o en cambio, su propósito también se extiende a los supuestos de delitos de un cónyuge hacia el otro (o persona con la que mantiene una relación de afectividad análoga).

Pero claro, tal y como comenta RUÍZ LÓPEZ²⁷, en el caso de exceptuar de esta dispensa a las víctimas de violencia de género “las consecuencias serían imponer un deber de denunciar que, quizás, no sea el medio adecuado para incentivar la denuncia (...) por parte de la víctima” con lo que se vería limitado el acceso real a la protección integral que el sistema jurídico español les ofrece, un resultado totalmente opuesto al deseado.

Esta dispensa a la obligación de denunciar en la práctica se extiende a los supuestos de violencia de género, y muestra de ello lo encontramos con que el 71,44% de las 150.785 denuncias por violencia de género realizadas en 2020 fueron presentadas por la propia víctima, ya sea mediante atestados policiales (69,69%) o directamente

²⁶ Asimismo, también se contemplan excepciones al deber de denunciar por otros motivos como son la minoría de edad, por hallarse privado de razón (artículo 260 LECrim) o por el deber de secreto profesional como es el caso de abogados, procuradores o sacerdotes respecto la información obtenida durante el ejercicio de su profesión (artículo 263 LECrim).

²⁷ RUÍZ LÓPEZ, Cristina, “La denuncia del delito de violencia de género”, op. cit., p. 79.

en el juzgado (1,76%)²⁸, según el Informe Anual sobre Violencia de Género del CGPJ de 2020²⁹.

De todas formas, es indudable que en los delitos de violencia de género cuando la víctima-testigo debe hacer frente a la compleja decisión de denunciar a su agresor, intervienen diferentes factores sociales, psicológicos y de otra índole que reprimen la voluntad de la víctima para denunciar, situación que se articuló a la perfección (desafortunadamente) con la vía legal del artículo 261 LECrim en detrimento de las propias víctimas de delitos de violencia de género. Ejemplo de ello lo encontramos con que únicamente 20% de las víctimas mortales por violencia de género en 2019 habían efectuado denuncia previa, mientras que en el 72,7% de los casos no había mediado denuncia alguna³⁰.

Dejando atrás la polémica existente en cuanto a esta excepción, la denuncia en el caso de los delitos de violencia de género de igual modo que puede proceder de la propia víctima³¹, también puede emanar de sus familiares o allegados e incluso de su asistencia letrada, ya sea mediante la puesta en conocimiento de la *notitia criminis* ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (vgr. Guardia Civil, Policía Nacional o Mossos d'Esquadra), el órgano jurisdiccional competente, el Ministerio Fiscal o incluso por parte del personal socio-sanitario que atienda a la víctima³². Por lo tanto y a modo de concluir el presente epígrafe, al estar incardinados los

²⁸ Véase Anexo nº1.

²⁹ Consejo General del Poder Judicial (España), “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial - Anual 2020”, (2020), en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2020> [consultado: 25/03/2021].

³⁰ Instituto Nacional de Estadística (España), “Víctimas mortales por violencia de género según existencia de denuncia previa y según medidas de protección vigentes en 2019” (2019), en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926144037&p=125473511_0672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout [consultado: 28/03/2021]. Véase Anexo nº 2.

³¹ La cual además de poder denunciar directamente ante el juzgado, también puede acudir al Servicio Telefónico de Atención y Protección a las víctimas de violencia de género (número 016) para poner en conocimiento su situación y activar todos los mecanismos que el ordenamiento jurídico le brinda en aras de proteger su vida e integridad física y mental. (RUÍZ LÓPEZ, Cristina, “La denuncia del delito de violencia de género”, op. cit., p. 79.)

³² Precisamente PERAMATO MARTÍN hace una especial referencia a la obligación de denuncia del artículo 262 LECrim de los profesionales socio-sanitarios ante indicios de la comisión de delitos de violencia de género, puesto que precisamente son, en un gran volumen de casos, los que detectan este tipo de violencia al asistir a la víctima (o incluso descendientes). (PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La ruptura del silencio del cómplice”, op. cit., p. 4.)

delitos de violencia de género dentro de la categoría jurídica de infracciones penales públicas, encontramos otras vías posibles para perseguir la comisión de los hechos delictivos ante la voluntad de la propia víctima (motivada por razones de diferente índole) de no denunciar a su agresor, para así no dejar impune este tipo de actos delictivos.

En el caso de que nos encontrásemos ante alguno de los sujetos que contempla el artículo 261 LECrim y este tenga intención de denunciar, es preciso que por parte de las autoridades correspondientes se le dé aviso e información sobre la existencia de esta dispensa a la obligación de denunciar³³. Y es que, en diversas ocasiones la falta de advertencia a este tipo de sujeto denunciante ha comportado la nulidad de la denuncia³⁴ (vgr. la STS nº 385/2007, de 10 de mayo³⁵ o STS nº 294/2009, de 28 de enero)

Sin embargo, los diferentes fallos judiciales dictados en los últimos años han ido clarificando esta cuestión (vgr. la STS nº 1010/2012, de 21 de diciembre o la STS nº 49/2018, de 30 de enero) y se ha ido considerando que vendría a ser poco útil la obligación de informar sobre este derecho a denunciar a aquella testigo-víctima que decide acudir a las dependencias policiales o judiciales a denunciar contra su pareja relatando los hechos voluntaria, espontánea y libremente (lo que viene a denominarse jurisprudencialmente como denuncia espontánea³⁶).

Así pues, se deberá informar durante esta primera participación de la testigo-víctima, en fase policial o de investigación, de su derecho a no denunciar en base a

³³ Más adelante se abordará la cuestión sobre la advertencia a la víctima-testigo del derecho a no declarar en virtud del artículo 416 LECrim.

³⁴ YUGUEROS GARCÍA, Antonio Jesús, “Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, nº 79 (2018), p. 142.

³⁵ Fundamento jurídico 3º de la STS nº 385/2007, de 10 de mayo (“Para renunciar un derecho debe informarse que se dispone del mismo. Nadie puede renunciar a algo que desconozca. De este modo, aunque la presencia espontánea pudiera entrañar una renuncia al mismo, e incluso la Sentencia citada tiene un discurso al efecto, es lo cierto que requiere que tal renuncia “resulte concluyentemente expresada”, y que “la expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”, lo que no es el caso evidentemente”).

³⁶ En este sentido: SSTS nº 160/2010, de 5 de marzo, nº 854/2013, de 30 de octubre o nº 457/2020, de 17 de septiembre.

lo dispuesto en el artículo 261 LECrim, excepto en aquellos casos donde opere una “denuncia espontánea”.

En el caso de no producirse este tipo de denuncia que expresa inequívocamente la intención de la víctima-testigo de denunciar a su agresor (y que a su vez es su pareja o cónyuge), será pertinente la advertencia de la existencia de esta dispensa legal.

En conclusión, cierto es que en el caso de que la testigo no ocupase el papel de víctima el apercibimiento de este derecho a no denunciar en contra de su cónyuge se ajusta a la razón de ser de la dispensa, pero, ahora bien, en caso de encontrarnos ante una víctima-testigo puede resultar cuestionable la utilidad de este deber de informarle.

3. LA DISPENSA A NO DECLARAR DEL ARTÍCULO 416 LECRIM

El artículo 416 de la ley procesal penal española, que recoge el derecho a no declarar a la víctima-testigo de violencia de género (entre otros sujetos), está íntimamente relacionado con diferentes preceptos del mismo cuerpo legal con los que se permite así obtener una definición global de la estudiada facultad a no declarar.

Por su parte, el artículo 410 LECrim³⁷ recoge la obligación a toda persona que resida en territorio español (y siempre que no se encuentre impedida³⁸) “de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supiere sobre lo que les fuera preguntado”, y tal deber se reitera nuevamente en el artículo 707 de la misma ley.

De estos preceptos se extraen dos obligaciones: el deber del testigo a comparecer previa citación judicial, y el de declarar todo aquello que conozcan (además de decir la verdad, puesto que en caso opuesto podría incurrir en un delito de falso testimonio previsto en el artículo 458 CP). Esta obligación de acudir al llamamiento judicial se presenta como la antesala a la obligación general de declarar después de prestar juramento o promesa de decir verdad (artículo 433 LECrim)³⁹.

Además, frente al incumplimiento caprichoso del testigo del deber de comparecer o declarar ante el juez, la propia LECrim establece todo un régimen sancionador que, en los casos más graves, puede acabar constituyendo un delito de obstrucción la justicia o desobediencia (artículos 420, 463 y 450 LECrim).

Sin embargo, encontramos excepciones no uniformes a la regla general de comparecer y declarar. El legislador ha optado por establecer supuestos excepcionados siguiendo un desigual patrón en función del sujeto de que se trate.

³⁷ Artículo 410 LECrim: «Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley».

³⁸ Si la persona requerida a personarse ante la autoridad judicial se encontrase impedida físicamente, el artículo 419 LECrim contempla la posibilidad de que el Juez Instructor se desplace hasta su domicilio (siempre que la situación lo permita) para que efectúe y cumpla con su deber de declaración.

³⁹ En el caso que el testigo reúna la condición de víctima del delito (la situación dual que venimos estudiando) podrá hacerse acompañar, tal y como establece el artículo 433 LECrim, «por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma».

De ahí que encontramos situaciones donde se excluyen ambas obligaciones, y del mismo modo casos donde únicamente se exceptúa el deber de concurrir o de declarar:

a) Dispensa al deber de comparecer y declarar.

El único precepto que dispensa de ambas obligaciones es el artículo 411.1 LECrim, el cual exonera tanto del deber de concurrir al llamamiento judicial como del de declarar al “Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino”.

b) Dispensa al deber de comparecer.

En cambio, el artículo 412.1 LECrim establece que estarán exentos de la obligación de concurrir al llamamiento judicial, pero no a la de declarar (se les permite hacerlo por escrito), los restantes miembros de la Familia Real a los que no hace referencia el artículo 411 LECrim, y de igual forma, el Presidente y los demás miembros del Gobierno, los Presidentes del Congreso de los Diputados y Senado, el Presidente del TC, el Presidente del CGPJ, el FGE y los Presidentes de las Comunidades Autónomas. También estos podrían declarar de forma escrita y en el caso de que declarasen sobre hechos conocidos al margen de su cargo, se les podría tomar declaración en su domicilio o despacho oficial.

Del mismo modo, en el artículo 412.5 LECrim también se contempla la excepción únicamente al deber de concurrir a un gran grupo de personas entre los que podemos encontrar: los Diputados, Senadores, Magistrados del TC, Vocales del CGPJ, la Fiscalía de la Sala del TS, Defensor del Pueblo, Presidentes de Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el Presidente y Consejeros Permanentes del Consejo de Estado, el Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los Secretarios de Estado, los Subsecretarios o los Delegados de Gobierno de las Comunidades Autónomas (y de Ceuta y Melilla) entre otros. Este extenso colectivo de cargos podrían declarar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros.

c) Dispensa al deber de declarar.

Encontramos un tercer tipo de dispensa que afecta únicamente al deber de declarar, la cual se contempla para los “Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados”, tal y como establece el artículo 411.2 LECrim.

De igual modo, el artículo 417 LECrim exime del deber de declarar en calidad de testigos a los eclesiásticos, funcionarios públicos o incapacitados física o moralmente.

Y por último, y el supuesto objeto de estudio, el artículo 416 LECrim también contempla la dispensa del deber de declarar a aquellas personas que presenten vínculos de parentesco o de afectividad con el procesado⁴⁰, el Abogado del procesado respecto a los hechos que este le hubiese confiado en su calidad de defensor y los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y su abogado⁴¹.

De todas las relaciones de parentesco que contempla el artículo 416 LECrim para justificar la dispensa de declarar en el proceso penal, la que plantea mayor interés en el presente trabajo es la que se refiere al “cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”, donde quedarían encuadrados los supuestos en los que la mujer maltratada debe declarar contra el presunto culpable, el cual a su vez, resulta ser su pareja.

Según la literalidad del referido precepto, se exceptúa únicamente del deber a declarar, pero no al de acudir a la citación realizada por el Juez, por lo que en el caso de que la testigo-víctima de violencia de género optara por acogerse a la dispensa que se le tiene reconocida en el texto procesal, deberá, de todos modos,

⁴⁰ Dando así cumplimiento al artículo 24.2 (II) *in fine* CE, donde se establece la obligación al legislador de regular los casos en los que «por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

⁴¹ Este último inciso se añade en virtud de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. [BOE-A-2015-4605]

satisfacer el deber de concurrir al llamamiento judicial, pese a que luego estará eximida (si así lo decide) de la obligación de declarar. En caso que el sujeto encuadre dentro del ámbito subjetivo del artículo 416 LECrim, será el Juez de instrucción el que deberá advertir al declarante que no tiene obligación de hacerlo.

3.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ARTÍCULO 416 LECRIM.

La dispensa a la obligación general de declarar se contempló por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico español en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 en su artículo 311 (juntamente con la dispensa del deber de denunciar en el artículo 157 de la misma norma⁴²), y del mismo modo se reprodujo en la ley que rige nuestro proceso penal actual aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882^{43 44}. En esta primera redacción la referida exención aparecía de la siguiente forma:

Artículo 416: «Están dispensados de la obligación de declarar:

1.º Los parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número tercero del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia.

2.º El Abogado del procesado respecto a los hechos que este le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto

⁴² PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La ruptura del silencio del cómplice”, op. cit., p. 10.

⁴³ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [BOE-A-1882-6036]

⁴⁴ Como antecedente jurídico encontramos la Compilación Criminal de 1879, que operó como base normativa inspiradora de la LECrim de 1882, en aplicación de la Ley de 11 de febrero de 1881 y la Ley de 15 de junio de 1882 por las cuales las Cortes autorizaban al Gobierno a redactar una Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido».

Lógicamente, al tratarse de un artículo formulado hace más de un siglo, el legislador ha considerado necesario someterlo a diversas reformas para así acomodarlo a la realidad jurídico-social actual. La modificación que más interés genera aquí es la que realizó el artículo 2.47 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre⁴⁵, que modifica el contenido del apartado primero del artículo 416 introduciendo “o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”⁴⁶.

De esta forma, se amplía el ámbito personal aplicable a la posibilidad de no declarar de la víctima-testigo de violencia de género, puesto que no se acota la facultad únicamente a los cónyuges, sino que también permite acogerse a esta exención a mujeres con una relación análoga a la matrimonial con el presunto responsable, adaptándose así a las nuevas formas de pareja existentes.

La aplicación de este precepto, tal y como permanece configurado en la actualidad, puede comportar un resultado muy diferente al deseado por el legislador (motivo por el cual numerosas voces abogan por un cambio en regulación de la disposición para preservar real y eficazmente la seguridad y protección reforzada de este tipo de víctima) puesto que el afán por proteger la seguridad de las mujeres víctimas (y a su vez testigo) de violencia de género por parte del poder legislativo ha conllevado en la práctica una mutilación de sus derechos más esenciales⁴⁷.

3.2. SUPUESTOS EN LOS QUE LA VÍCTIMA PUEDE ACOGERSE A LA DISPENSA LEGAL DEL ARTÍCULO 416 LECRIM.

El primer apartado del estudiado precepto dispone que están condonados del deber general de declarar “los parientes del procesado en líneas directa ascendente y

⁴⁵ Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. [BOE-A-2009-17493]

⁴⁶ El estudiado precepto presenta una ulterior reforma en virtud del artículo 1.9 de la Ley Orgánica 4/2015, de 27 de abril por el cual se introduce el apartado 3: «Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación».

⁴⁷ YUGUEROS GARCÍA, Antonio Jesús, “Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género”, op. cit., p. 141.

descendiente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261”⁴⁸.

Dado que el presente trabajo tiene como objeto de análisis la dispensa a no declarar ante supuestos de violencia de género, donde la víctima a su vez es testigo, nos centraremos en los siguientes sujetos que pueden acogerse: el cónyuge del investigado o persona unida con él por una relación de hecho análoga a la matrimonial de carácter estable y con convivencia.

Según la redacción de la disposición, la referida dispensa ampara a los cónyuges y a las parejas unidas por análoga relación de afectividad, y, por ende, no se incluyen casos de ex cónyuges y parejas que hayan finalizado su relación de afectividad⁴⁹.

Respecto a la interpretación de la expresión “análoga relación de afectividad a la matrimonial”, esta no ha estado exenta tradicionalmente de dudas y discusiones doctrinales cuando se refiere a las relaciones de noviazgo.

Si bien es cierto que no hay problemas en cuanto a las parejas de hecho⁵⁰, las cuales se equiparan claramente a la matrimonial (al concurrir una convivencia estable y permanente), respecto a las relaciones de noviazgo (que sin embargo sí entrarían dentro de los tipos penales de violencia de género al no exigir convivencia)

⁴⁸ La STS nº 48/2018, de 30 de enero dirimió sobre el posible acogimiento del artículo 416 LECrim por parte de parientes por afinidad. En el caso que se examinaba, se presentaba un parentesco de primer y segundo grado por afinidad (cuñado y yerno) y el tribunal se refirió al respecto en los siguientes términos: “La exclusión de los parientes afines hasta el segundo grado que se recoge en el artículo 261.2, lo es en cuanto a la obligación de denunciar, no es aplicable a supuestos del artículo 416 que refiere a la dispensa de declarar, tal es así que la remisión que este último precepto realiza el artículo 261, sólo se refiere al apartado 3, referencia a los afines que ha sido eliminado en la redacción actual del artículo 261.2 por la LO 4/2015 de 27.4 del Estatuto de la Víctima del delito”. Y resolvió finalmente “encontrándonos ante una dispensa, es decir, una excepción a la aplicación general de la norma, debe ser objeto de interpretación restrictiva” por lo que interpretó que los parientes por afinidad no se entienden comprendidos en la dispensa del artículo 416 LECrim.

⁴⁹ Tal interpretación se desprende de la SAP Madrid nº 951/2008, de 18 de septiembre: “Solidaridad justificadora de la excepción no sólo desaparece en los supuestos de divorcio (artículo 85 y 88 Código Civil), sino que también lo hace en los casos de un firme y decidido cese afectivo en la relación de hecho asimilable. Entonces ya no existe el vínculo de familiaridad con el acusado que justifique una exención de la obligación de declarar del testigo”.

⁵⁰ Tras la reforma producida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre se introdujo expresamente a las parejas de hecho en el ámbito subjetivo del artículo 416 LECrim.

presentan serias divergencias en cuanto a su inclusión en la expresión “relación análoga de afectividad”.

Tanto la doctrina⁵¹ como la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre⁵² entienden que el artículo 416 LECrim “alude a las personas unidas al imputado por matrimonio o por una relación análoga al matrimonio, (...), por lo que (...) vienen limitando la aplicación de la dispensa a aquellas personas que mantienen una relación matrimonial con el imputado o una relación *more uxorio* (de análoga afectividad con convivencia) quedando pues, fuera de tal precepto las relaciones de noviazgo”.

En cambio, esta no es una posición unánime, y ejemplo de ello lo encontramos en la SAP Madrid nº 1040/2013, de 15 de julio que considera que “ha de exigirse una relación con estabilidad y vocación de permanencia, quedando excluidas, en todo caso, las relaciones pasajeras o esporádicas”, entendiendo que será “una cuestión de prueba, sin fórmulas apriorísticas, el determinar si una pareja, que no convive por diferentes circunstancias, constituye una pareja de hecho con vínculos de afecto y lealtad en la que puede surgir el conflicto entre la obligación de declarar del testigo y el deber de solidaridad con el acusado”.

Sobre el momento en el cual ha de concurrir esta relación para así gozar de este derecho también ha existido un debate no pacífico. Finalmente, las dudas, en cuanto a los criterios establecidos para determinar en qué supuestos se aplica tal excepción legal según el momento en que ocurrieron los hechos en caso de ruptura de parejas, separación o divorcio, fueron aclaradas mediante el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno del TS de 24 de abril de 2013⁵³, donde se acordó que “la exención de la

⁵¹ Entre otros: BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 LECRIM: Evolución jurisprudencial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3 (2018), pp. 13-46; CUETO MORENO, Cristina, *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Madrid: Editorial Dykinson, 2017, pp. 403-411 y DOMÍNGUEZ CASTELLANO, Fátima et al., “La práctica de la prueba en la violencia de género”, *Guía de intervención judicial sobre violencia de género* (2014), pp. 77-84.

⁵² Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer [FIS-C-2011-00006], en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00006> [consultado: 03/02/2021].

⁵³ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, sobre la interpretación del artículo 416 LECrim, en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos->

obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la LECrim, alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) (...) ⁵⁴ ". Los sucesivos y posteriores pronunciamientos judiciales han venido aplicando esta lectura sobre la dispensa a declarar ⁵⁵.

Por lo que en el hipotético caso que se produjese el divorcio, separación o extinción de la relación entre víctima-testigo y agresor, el órgano juzgador deberá interrogar a la testigo para comprobar si persiste o no una relación de afectividad con el investigado y así brindarle el derecho a disfrutar de esta dispensa, o por el contrario queda sometida a la obligación general de declarar.

Un ejemplo esclarecedor sobre la cuestión lo podemos encontrar en el siguiente caso: Un matrimonio (o pareja de hecho o relación análoga) que decide separarse, y, con posterioridad, el hombre comete un delito de lesiones contra su ex mujer (y con la que no presentaba ya relación alguna) a causa de la obcecación y sentimiento de celos que le ocasionaba el ver cómo, la que fue su esposa, estaba rehaciendo su vida. En este caso, la víctima-testigo de esos hechos delictivos no podría acogerse al derecho a no declarar contra su ex marido (y agresor) puesto que ya no se situaría dentro del ámbito subjetivo aplicable al haber mediado previamente la ruptura de la relación afectiva.

En cambio, ante esta misma situación pero suponiendo que la comisión del delito tiene lugar antes de producirse la separación, la víctima-testigo sí tendría la posibilidad (si esta así lo desea) de acogerse a la dispensa y no declarar contra el investigado.

[de-Sala/Acuerdos-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-24-04-2013--sobre-la-interpretacion-del-art--416-de-la-LECrim-](#) [consultado: 24/12/2020].

⁵⁴ El apartado b) del referido acuerdo será analizado en el epígrafe "3.3. Contenido de la dispensa".

⁵⁵ Ejemplo de ello lo encontramos en la STS nº 389/2020, de 10 de julio (en referencia a su antecedente, la STSJ Asturias nº 13/2018, de 15 de junio) cuando razona que "... la dispensa de declarar ampara a quienes siguen manteniendo dicha relación de afectividad, no a quien han cesado en ella, por ello ampara a los matrimonios o quienes se encuentren en una situación análoga, pero no a quien se ha divorciado, porque entonces ya no existe el vínculo de familiaridad con el acusado que justifique una exención de la obligación de declarar del testigo. La causa de exención ha de concurrir en el momento de la declaración, pues es cuando comparece en el proceso como testigo, surgiendo entonces todas las obligaciones y deberes inherentes a esa condición".

Como se observa, se tratará de una cuestión de prueba sobre la relación existente entre ambas partes en el momento que tuvieron lugar los hechos y la declaración.

3.3. CONTENIDO DE LA DISPENSA.

A la dispensa a no declarar por razón de parentesco se refieren algunos autores como un “privilegio familiar”⁵⁶ del que se puede disfrutar en el proceso penal. Tal exención no aparece configurada como una prohibición a declarar impuesta a aquellos sujetos que, además de ser testigos de un hecho tipificado, presentan una relación de afectividad o de parentesco con el acusado en un proceso⁵⁷ (como sí es caso de los abogados, procuradores o eclesiásticos, los cuales tienen el deber jurídico de guardar secreto), sino que hablamos de un derecho de opción⁵⁸ que deja a la libre voluntad del familiar (en el caso que nos ocupa, de la víctima-testigo de violencia de género) la decisión de si se abstienen o no a dar declaración respecto unos hechos aparentemente delictivos cometidos presuntamente por el investigado.

El problema aparece, cuando en la práctica, dicha dispensa puede resultar ser una verdadera protección hacia el reo al finalizar el proceso con un fallo absolutorio por la falta de suficientes pruebas que permitan destruir la presunción de inocencia del acusado ante la negativa a declarar de su consorte y víctima-testigo (pese a no ser este el objetivo deseado en este tipo de exenciones legales).

En cuantiosos pronunciamientos judiciales de nuestros más altos tribunales (ejemplo de ello lo encontramos en la STC nº 94/2010, de 15 de noviembre, SAP

⁵⁶ En este sentido: VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4 (2012), p. 2, así como FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, “A vueltas con la doctrina del Pleno STS 389/20 del artículo 416 LECrim y la dispensa del derecho a declarar: incertidumbre, reformas y alternativas de futuro”, *El Derecho.com*, (2020).

⁵⁷ En este sentido se pronuncian la STS nº 294/2009, 28 de enero, SAP Baleares nº 87/2015, 7 de abril o SAP Navarra nº 112/2015, 19 de junio: “La dispensa de tal deber de denuncia que se corresponde con la de declarar testificalmente contra aquél establecida en el artículo 416 de la LECrim, no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad”.

⁵⁸ La expresión a la que se hace referencia aquí como “derecho de opción” viene a entenderse como la potestad en el ejercicio de la libre voluntad de la persona a acogerse (o no) a la exención que le brinda el ordenamiento jurídico español. Por lo que, si la víctima-testigo decide voluntariamente no acogerse a esta dispensa, su declaración será tenida en cuenta por el Juez para la resolución del caso como la de cualquier otro testigo (o incluso con mucha más atención, puesto que es la víctima y suele ostentar la consideración de único testigo en el proceso). Pero si, por el contrario, la víctima decide hacer valer su derecho, el Juez no podrá tener en cuenta tal declaración (o aquellas realizadas con anterioridad), y, con toda probabilidad en la mayoría de casos, se absolverá al investigado por falta de elementos incriminatorios suficientes para destruir la presunción de inocencia.

Barcelona nº 602/2011, de 11 de julio, SAP Burgos nº 400/2013, 25 de septiembre o STS nº 557/2016, de 23 de junio) se ha considerado como fundamento jurídico de la referida dispensa tanto la conveniencia de apartar al testigo del conflicto que pudiera ocasionar su deber de lealtad familiar con el deber de decir verdad ante el juez⁵⁹, como la protección hacia los valores de solidaridad, familiaridad e intimidad.

Reiterando lo expuesto, MARTÍNEZ MORA⁶⁰ considera que la justificación de la exención recae en los vínculos de solidaridad entre el testigo e investigado⁶¹ (de conformidad con el artículo 39 CE sobre protección de las relaciones familiares) y el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar (reconocido en el artículo 18 CE). Pero claro está, ¿este fundamento es aplicable cuando la persona que debe declarar en calidad de testigo, y puede disponer de este derecho, es la propia víctima de los delitos cometidos por su pareja?.

Es evidente que la voluntad del legislador era la de proteger al pariente (y no al reo) al presentar este un vínculo tan estrecho con el investigado, ya que en tal posición no le es exigible una conducta colaborativa con la Administración de Justicia⁶². Pero es cierto que, en supuestos de violencia de género, este fundamento llega a desvirtuarse y más que una protección hacia la testigo-víctima puede constituir en una desprotección hacia la misma al concluir el proceso con la absolución de su supuesto agresor⁶³.

⁵⁹ PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La ruptura del silencio del cómplice”, op. cit., p. 11.

⁶⁰ MARTÍNEZ MORA, Gemma, “La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del Artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2176 (2015), p. 7.

⁶¹ La reforma de la LECrim de 2015 introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una novedad terminológica al sustituir el concepto de imputado por el de “investigado y encausado” para hacer referencia al estatus del sujeto pasivo en el proceso penal español. Según ORTEGO PÉREZ, “La LO 13/2015 consume la sustitución del término «imputado» por una especie de síntesis resultante entre aquellos dos proyectos *no natos*, de los que toma las categorías de «investigado», denominación específica en la primera fase procesal, y de «encausado», cuando se formaliza judicialmente la imputación una vez concluida la instrucción” y vendría a erradicar la connotación tan negativa que aportaba la condición de “imputado” al proceso. (ORTEGO PÉREZ, Francisco, “Reflexiones acerca de la imputación y los estatus procesales de «investigado» y «encausado»”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 1 (2016), pp. 201-219)

⁶² SERRANO PÉREZ, Inmaculada, “La dispensa a no declarar del artículo 416 LECrim en los procedimientos de violencia de género”, *Fundación Internacional de Ciencias Penales*, (2018), p. 4.

⁶³ Un ejemplo claro lo encontramos en la STS nº 160/2010, de 5 de marzo, la cual consideró que después del acogimiento de la dispensa a declarar por parte de la víctima-testigo y esposa del

La aplicación del precepto objeto de estudio no ha estado exenta de interpretaciones discordantes y polémicas cuando esta se presenta en supuestos de violencia de género y la víctima es prácticamente la única testigo de la comisión del delito.

a) Primeros pronunciamientos judiciales: delimitación del ámbito de aplicación.

Desde 2009 se han venido dictando numerosas sentencias del TS en las cuales se ha ido delimitando e interpretando (no libre de divergencias) el ámbito de aplicación del reseñado derecho a no declarar, a consecuencia del aumento de casos de violencia de género que llegaban a los tribunales españoles para ser enjuiciados.

Los primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia surgieron a partir de 1973 (vgr. la STS nº 460/1973 de 26 de noviembre), y estos vinieron a establecer que el contenido de la dispensa comportaba la exclusión del uso de la declaración sumarial⁶⁴, pese a no ser una posición totalmente unánime⁶⁵.

La segunda etapa de la evolución jurisprudencial fue iniciada en 2009 y resultó ser realmente trascendental para el objeto de estudio del presente trabajo. En un primer momento, se centraron en circunscribir el referido derecho a las parejas que en el momento de la declaración se encontraban en vigor, como ya se ha hecho referencia anteriormente, basándose estos en que el conflicto protegido por la dispensa se produce exclusivamente cuando la pareja se encuentra en vigor, puesto que en caso opuesto no existe ya conflicto entre la obligación de declarar del testigo y la lealtad hacia la que fue su ex pareja. Ejemplo de ello lo encontramos en la STS nº 292/2009, de 26 de marzo, que declaraba: “Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único

acusado “no se ha practicado en el juicio oral prueba válida y suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, procediendo su absolución”.

⁶⁴ DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina, “La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19-22 (2017), p. 4.

⁶⁵ No fue una posición doctrinal adoptada sin divergencias, puesto que se admitieron en ocasiones la introducción en el juicio oral de las declaraciones prestadas tanto en fase policial o durante la instrucción cuando el testigo se acogía en plenario a la dispensa, como fue en el caso de la STS nº 5408/2005, de 21 de septiembre y la STS nº 6953/2006, de 3 de noviembre.

fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica”⁶⁶.

Siguiendo esta doctrina la FGE en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, estableció como criterio para las ex parejas (entre otros aspectos de la dispensa), el tener que atender a su vigencia en el momento en que se produce la declaración, al ser este el instante donde puede ser dispensada del deber de colaborar.

b) La ida: el Acuerdo no Jurisdiccional del TS, de 24 de abril de 2013.

Ante el (infortunado) aumento de casos de violencia de género y la cada vez más discutida aplicación del artículo 416 LECrim en estos supuestos, el 24 de abril de 2013 la Sala Segunda del TS, con el afán de establecer criterios uniformes y no confusos sobre la cuestión, dictó un Acuerdo plenario No Jurisdiccional.

Antes de proceder a la exposición de su contenido, es conveniente hacer mención al valor jurídico que presentan en nuestro ordenamiento jurídico estos tipos de acuerdos:

Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional (contemplados en el artículo 264 LOPJ⁶⁷) son resoluciones emitidas por los tribunales con las que se busca la armonización de criterios y coordinación de prácticas procesales, respetando en todo caso “la independencia de las Secciones del Tribunal para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan”⁶⁸.

En la práctica, estos instrumentos de actuación son empleados por el TS cuando se debe hacer frente a nuevas realidades sociales, para complementar lagunas legales o como medio para formular propuestas de modificación legal⁶⁹.

La Sala Segunda del TS ha venido utilizando esta mecánica (de forma más recurrente que otras Salas del mismo órgano judicial⁷⁰) puesto que, por regla

⁶⁶ Fundamento jurídico 3º de la STS nº 292/2009, de 26 de marzo.

⁶⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. [BOE-A-1985-12666]

⁶⁸ Artículo 264.3 LOPJ y en el mismo sentido el artículo 13 del mismo texto legal.

⁶⁹ TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “¿El Tribunal Supremo legislador? (El valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2 (2007), p. 62.

⁷⁰ Por ejemplo, la Sala Primera del TS decidió dejar de dictar Acuerdos No Jurisprudenciales en 2007. El hecho que esta Sala Segunda del TS sea la única que los dicta, muestra su carácter excepcional y a su vez cuestionable (MONTERDE FERRER, Francisco, “Acuerdos plenarios no

general, el sistema penal hasta la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre,⁷¹ ha carecido de unificación de doctrina (solamente existía en dos materias parciales: menores y vigilancia penitenciaria)⁷². Por lo que para la consecución de su objetivo unificador optó por emplear la técnica de los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional⁷³.

Al no tratarse de resoluciones judiciales *per se* no contienen valor de doctrina jurisprudencial y así lo establece de forma unánime el propio TS (véase como ejemplo la STS nº 5576/2009, de 11 de mayo, al establecer que “...el resultado de las reuniones previstas en el artículo 264 LOPJ, documentado o no, no tiene naturaleza, ni de resolución judicial, ni tampoco de acto administrativo”⁷⁴ o más reciente, la STS nº 2240/2015, de 8 de mayo, refiriéndose a que “también se desprende de este precepto que queda a salvo la independencia de las Secciones a la hora de resolver los distintos procesos, esto es el carácter no vinculante de las resoluciones”⁷⁵). Pero autores como GRANADOS PÉREZ defienden que deben ser respetados con el objetivo de proteger la estabilidad y uniformidad de la doctrina jurisprudencial⁷⁶.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA considera que lo acordado en estos Plenos No Jurisdiccionales del TS “sólo alcanza el rango de Jurisprudencia cuando como tal

jurisdiccionales y jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Seguridad jurídica e independencia judicial”, *Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Cuaderno nº 89 (2018), p. 26.)

⁷¹ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. [BOE-A-2015-10726]

⁷² CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “El acceso a la casación penal: una primera aproximación al hilo de la pérdida de su misión prioritaria y del resurgir de la distinción *ius constitutionis-ius litigatoris*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 22 (2018), p. 345.

⁷³ El propio TS en el Pleno No Jurisdiccional de 8 de mayo de 1997 analizó esta técnica utilizada con el propósito de alcanzar la necesaria unificación de doctrina, y resultó ser unánime la consideración de que estas reuniones plenarias, con base legal en el art 264 LOPJ, establecen “un buen procedimiento para alcanzar la unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico”. (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del acuerdo de 18 de julio de 2006)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 10-02 (2008), p. 02:2.)

⁷⁴ Fundamento jurídico 2º de la STS nº 5576/2009, de 11 de mayo.

⁷⁵ Fundamento jurídico 7º de la STS nº 2240/2015, de 8 de mayo.

⁷⁶ GRANADOS PÉREZ, Carlos, *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de Jurisprudencia: años 1991-2016*, 2ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 5.

se consolida, por incorporación, en más de una Sentencia”⁷⁷. Por lo que, un Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional del TS no puede ser considerado como doctrina jurisprudencial, sino que será su inclusión de forma recurrente en las posteriores resoluciones judiciales (y con su correspondiente motivación) la que hará que su contenido tenga tratamiento de doctrina⁷⁸.

Cuando el TS dicta un acuerdo de esta naturaleza lo que viene a hacer es esclarecer el significado de la ley sobre asuntos de discutida interpretación situados al margen de todo proceso ordinario (de ahí que se lleven a cabo sin mediar procedimiento ni motivación necesaria característica de las sentencias judiciales). Al no tratarse ni de leyes (puesto que pertenece al poder legislativo en virtud del artículo 66.2 CE) ni jurisprudencia no pueden vincular legalmente ni ser invocados para fundar un recurso de casación o por unificación de doctrina.

Cierto es que estos tipos de acuerdos sí pueden llegar a vincular (pese a que se quiere respetar la independencia de los órganos jurisdiccionales) las posteriores decisiones puesto que con ellos se pretende incidir en una jurisprudencia que, una vez sea reiterada, constituirá criterios de interpretación vinculantes. Por ese motivo, muchas voces critican la función legislativa encubierta que viene asumiendo el TS cuando no la tiene atribuida por ninguna norma legal⁷⁹.

Y en este último punto recae el debate en torno a la comentada cuestión. Si las reuniones del artículo 264 LOPJ se limitarán a publicitar la opinión doctrinal sobre asuntos de interpretación discutida no presentaría problema alguno (en aplicación del artículo 12.3 LOPJ). Ahora bien, de las actuaciones del propio TS se desprende la intención por parte del órgano judicial de dirigir la interpretación que deben hacer posteriormente los restantes órganos judiciales⁸⁰. De todas formas, pese al gran

⁷⁷ En el mismo sentido: TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “¿El Tribunal Supremo Legislador?”, op. cit., p. 76.

⁷⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?...”, op. cit., p. 02:8.

⁷⁹ Véase entre otros: CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “El acceso a la casación penal..”, op. cit., p. 345; MONTERDE FERRER, Francisco, “Acuerdos plenarios no jurisdiccionales y jurisdiccionales de la Sala de lo Penal..”, op. cit. pp. 7-73 y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “¿El Tribunal Supremo Legislador?”, op. cit., p. 76.

⁸⁰ Un hecho ejemplificativo se observa con la actualizada publicación en las bases de Jurisprudencia de estos acuerdos por parte del CGPJ en su web oficial (<http://www.poderjudicial.es>).

interés que presenta tal controversia, esta no será objeto de estudio en el presente trabajo⁸¹.

Retomando la materia que aquí nos interesa, el TS dictó el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional el 24 de abril de 2013 mediante el cual exceptuó del alcance de la exención de la obligación de declarar, además de los supuestos donde la declaración se refiere a hechos posteriores a la disolución o cese definitivo del matrimonio o situación análoga a los “supuestos en el que el testigo esté personado como acusación en el proceso” (tal y como se ha comentado en el anterior epígrafe bajo la rúbrica “3.2. Supuestos en los que la víctima puede acogerse a la dispensa legal del artículo 416 LECrim”).

Este acuerdo dio lugar a otra problemática no resuelta, y es que, ante esta aserción, inmediatamente se plantea la duda sobre qué sucedería si la víctima-testigo que se personó como acusación en el proceso, posteriormente desistió de tal posición. Estar, no es lo mismo que haber estado, y es que, esta pequeña diferencia lingüística, pero trascendental en la práctica procesal, comportaría recuperar o no el derecho a no declarar una vez haya abandonado la víctima-testigo la posición de acusación particular⁸².

El Tribunal, no se pronunció sobre este aspecto, pero sí mostró en posteriores fallos judiciales como la STS nº 304/2013, de 26 de abril o la STS nº 854/2013, de 30 de octubre, el seguimiento de la línea doctrinal derivada de tal Acuerdo de 2013, e interpretó que si la víctima-testigo “se persona en el proceso ejerciendo la acusación particular, se sitúa fuera de las personas con derecho a dispensa y su status se equipara al de un simple testigo obligado a declarar”⁸³.

No obstante, la STS nº 449/2015, de 14 de julio, decidió profundizar sobre la cuestión e interpretó que la privación del derecho a acogerse a esta dispensa subsistía pese a que después la víctima se hubiera retirado del proceso.

⁸¹ Para más información sobre la cuestión se recomienda consultar MONTERDE FERRER, Francisco, “Acuerdos plenarios no jurisdiccionales y jurisdiccionales de la Sala de lo Penal...”, op. cit. pp. 7-73.

⁸² HERRERO ÁLVAREZ, Sergio, “El ajeteo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género”, *Revista Sala de Togas*, nº 80 (2021), pp. 20-22.

⁸³ Fundamento jurídico 5º de la STS nº 209/2017, de 28 de marzo.

El supuesto enjuiciado se trataba de un caso donde la víctima-testigo de violencia de género efectuada por quien fue su pareja sentimental, había adoptado la posición de acusación particular durante la fase de instrucción y, posteriormente, antes del acto del juicio, desistió de tal posición. Ante esta situación el TS negó la posibilidad de acogerse a la exención de nuevo argumentando que “había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular. Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro *status*, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible”⁸⁴.

El TS entendió que se producía una renuncia tácita de la testigo-víctima a la dispensa del deber de declarar por haber ejercido en un momento previo la posición de acusación particular en el proceso penal incoado contra su agresor, pese a que esta misma hubiese posteriormente decidido abandonar la posición⁸⁵.

c) *La vuelta: el Acuerdo No Jurisdiccional del TS, de 23 de enero de 2018.*

El 23 de enero de 2018 la Sala Segunda del TS, volvió a dictar un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional sobre el alcance probatorio y temporal de la dispensa del artículo 416 LECrim. En esta ocasión, el TS concluyó que “el acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida”⁸⁶. Y además, al hilo de lo establecido en el anterior acuerdo, dispuso que “no queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”⁸⁷.

⁸⁴ Fundamento jurídico 1º de la STS nº 449/2015, de 14 de julio.

⁸⁵ La STS nº 209/2017, de 28 de marzo pese a que se efectuó *obiter dicta*, mantuvo el criterio adoptado por la precedente STS nº 449/2015, de 14 de julio. (HERRERO ÁLVAREZ, Sergio, “La dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: acuerdo del TS de 23/1/2018”, *Diario La Ley*, nº 9194 (2018).)

⁸⁶ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim, en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim-> [consultado: 24/12/2020].

⁸⁷ Ibidem.

En relación al primer punto del acuerdo, el TS vino a la doctrina consolidada acerca de la invalidez de las declaraciones previas realizadas por aquella persona que se acogió en el momento del juicio oral al derecho ofrecido por el artículo 416 LECrim, y del mismo modo ocurría con las pruebas preconstituidas. Por lo tanto, el TS reiteró una postura no controvertida.

En cambio, en el segundo párrafo, el Tribunal optó por dar un paso más respecto a lo establecido en el anterior acuerdo, y cambió radicalmente la posición manifestada en la STS nº 449/2015, de 14 de julio, respecto al criterio a seguir sobre la vigencia de la dispensa a lo largo del proceso.

Con esta nueva interpretación se obtendría un resultado “como el agua en los ojos del río Guadiana”⁸⁸, al brindar tal derecho en el momento inicial del procedimiento (antes de que la víctima se personase como acusación particular), desapareciese una vez esta se personara, y resurgiría una vez abandonase la acusación, con un impacto directo en la celebración del acto del juicio y el consiguiente resultado final del proceso penal.

Esta nueva exégesis se recogió poco más tarde en la STS nº 205/2018, de 25 de abril, en la cual se exponen los motivos que sustentan el nuevo giro jurisprudencial. Entendía que el derecho procesal contenido en el artículo 416 LECrim suponía el desarrollo de un derecho de rango constitucional reconocido en el artículo 24.2 CE que “tutela a terceros y no a las partes procesales”⁸⁹. Al tratarse de un derecho constitucional, era necesaria una interpretación restrictiva en cuanto a sus límites, y en caso de duda debía apostarse por la “máxima amplitud del derecho”⁹⁰.

Concluyó que la víctima de violencia de género podía acogerse a la dispensa a lo largo del procedimiento, sin atender a su posición de acusación particular y posterior desistimiento, lo cual en ningún caso podía comportar una renuncia “definitiva e irrevocable”⁹¹ a tal derecho.

⁸⁸ Expresión acogida por diversos juristas. Véase por ejemplo HERRERO ÁLVAREZ, Sergio, “La dispensa del deber de declarar...”, op. cit.

⁸⁹ Fundamento jurídico 3º de la STS nº 205/2018, de 25 de abril.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Fundamento jurídico 2º de la STS nº 205/2018, de 25 de abril.

Era indudable que la nueva posición del TS no limitaba el acogimiento a la estudiada dispensa a aquella víctima-testigo que pese a haberse constituido en la acusación particular en el proceso, puesto que si esta decidía luego desistir de dicha posición, podía recuperar el derecho a no declarar en el juicio contra su presunto agresor.

Asimismo, el TS en esta extensa resolución, también hizo referencia a la aplicación del apartado primero de su último Acuerdo Plenario No Jurisdiccional. En el caso enjuiciado se discutía la validez probatoria de la prueba preconstituida que se había realizado con anterioridad al acogimiento a la dispensa a no declarar por los hijos menores del acusado⁹².

Según el órgano jurisdiccional “esa decisión (la de acogerse a la dispensa a no declarar) según la Audiencia y según viene entendiendo esta Sala, neutraliza y abole la capacidad probatoria de la prueba preconstituida que no puede ser usada para burlar la voluntad de la víctima-familiar que libremente, exterioriza su negativa tanto a prestar testimonio como, por ende, a que testimonios precedentes puedan ser usados en contra del acusado, su padre en este caso”⁹³. Con lo que sentencia que “la facultad contemplada en el artículo 416 LECrim implica no solo que se respete la voluntad de no declarar, haciendo decaer una obligación que subsiste para el resto de ciudadanos; sino también que no se hagan valer las posibles manifestaciones previas de la testigo contra su explícita opinión”⁹⁴. Es decir, si la víctima-testigo renunciaba a la posición de acusación particular en el proceso y decidía acogerse a la dispensa, no podía tenerse en cuenta ninguna de las declaraciones previas efectuadas por parte de esta, por lo que *de facto* comportaba otorgarle a la víctima el control del procedimiento al eliminar toda prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia de su agresor.

⁹² En virtud del Estatuto Jurídico del Menor (formado por el Código Civil y la LOPJ 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor modificada por la Ley 26/2015, de 18 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia) se desprende que el acceso a la dispensa a la obligación de declarar del artículo 416 LECrim no está condicionada a la mayoría de edad del menor. Siempre dependerá del grado de madurez del menor.

⁹³ Fundamento jurídico 5º de la STS nº 205/2018, de 25 de abril.

⁹⁴ Ibidem.

d) *¿El final?: la STS nº 389/2020, de 10 de julio.*

Después de las diferentes interpretaciones aportadas por los acuerdos plenarios de 2013 y 2018 a las que hemos ido haciendo referencia, todo parecía indicar que finalmente existía consenso sobre el estudiado derecho a no declarar en torno a su vigencia temporal en el proceso cuando el testigo era a su vez víctima de género.

Pero nada más lejos de la realidad, y como último suceso en el vaivén jurisprudencial que versa sobre la aplicación del artículo 416 LECrim se encuentra la reciente (y discutida) STS nº 389/2020, de 10 de julio. La resolución del TS ha supuesto un nuevo posicionamiento jurisprudencial corrigiendo el último Acuerdo plenario No Jurisdiccional del propio Tribunal de enero de 2018, y retomando el adoptado en 2013 aunque de forma más profunda, aproximándose de algún modo a lo que ya se dejó entrever en la STS nº 449/2015, de 14 de julio.

En el caso que se enjuiciaba, la víctima-testigo había seguido el patrón que se viene comentando: había iniciado el proceso mediante denuncia, se personó como acusación particular, y posteriormente renunció a tal condición.

Pues bien, en el referido fallo judicial, el Pleno de la Sala Segunda del TS da un giro de 180 grados y entiende que en esta característica situación la víctima al denunciar y personarse como acusación ya resolvió el conflicto que subyace como fundamento de la dispensa pese a haber renunciado a la acusación posteriormente, por lo que “renunciado el derecho por parte del testigo, como dice nuestra jurisprudencia, no se recobra su contenido, ni hay razón alguna para ello”⁹⁵, y apoya tales criterios, en las siguientes seis razones⁹⁶:

- ◁ *Primera:* Porque el derecho a no declarar contra el acusado es incompatible con la posición de la denunciante como víctima de los hechos, ya que dejar la posibilidad a la denunciante que pueda abstenerse de declarar contra el investigado provoca dejar sin contenido una figura tan importante como la

⁹⁵ Fundamento jurídico 11^a de la STS nº 389/2020, de 10 de julio.

⁹⁶ Todas ellas expuestas a lo largo del Fundamento jurídico 11^o de la STS nº 389/2020, de 10 de julio.

de la denuncia. Argumento que adquiere más peso en casos de violencia de género.

- ◁ *Segunda:* Porque si la víctima denunciante decide constituirse en acusación particular está realizando una renuncia al ejercicio del derecho a no declarar, resolviendo así el conflicto que fundamenta tal dispensa. No se encuentra motivo alguno que justifique un cambio de estatuto el hecho de que posteriormente decida renunciar a la posición de acusación particular, por lo que no debe renacer la posibilidad de acogimiento al derecho.
- ◁ *Tercera:* Porque cuando la víctima voluntariamente (en aplicación del ya comentado artículo 261 LECrim) decide denunciar a su agresor lo realiza porque ya no presenta conflicto alguno entre el deber de declarar y la lealtad y solidaridad familiar. Con lo que, una vez que da el paso, e incluso adquiere la posición de parte acusadora, ya no tiene lógica revivir un derecho al cual renunció libremente con sus actuaciones a lo largo del proceso (y que no estaba obligada a hacerlo).
- ◁ *Cuarta:* Porque la imposibilidad de volverle a reconocer a la víctima-testigo el derecho a no declarar contra el investigado, proporciona una protección reforzada a la misma evitando así que sufra posibles coacciones para que se acoja a tal dispensa en el acto del juicio oral (que es por regla general, el momento donde debe tomarse la declaración que será tenida en cuenta por el juzgador a la hora de resolver el caso en aplicación del artículo 715 LECrim).
- ◁ *Quinta:* Porque dejar a disposición de la víctima comportaría permitir sucesiva e indefinidamente la posibilidad de que una misma persona (en este caso, la víctima-testigo) decida tener un estatus u otro, lo cual no puede ser en ningún caso admisible. Estos tipos de delitos no pueden convertirse en infracciones penales susceptibles de ser perseguidas a instancia de parte,

cuando sin ninguna duda están configurados en la categoría de delitos perseguibles de oficio⁹⁷.

- ◁ *Sexta:* Al tratarse de una excepción, esta debe ser interpretada de forma restrictiva, por lo que únicamente puede permitirse la aplicación de dicha dispensa en aquellos casos que fundamentan la misma.

De este modo el juzgador considera que se protege a las víctimas-testigos de violencia de género frente a las posibles coacciones de su agresor para que no declaren contra él, una vez estas le han denunciado⁹⁸. Lógicamente, después de toda la evolución jurisprudencial aquí comentada, no se iba a conseguir una posición unánime por parte de todos los magistrados cuando se trata de una cuestión tan delicada, y a su vez, tan actual en el seno de los Juzgados y Tribunales penales españoles.

Por ese motivo, en el reciente fallo judicial se han producido tres votos particulares discrepantes con la posición mayoritaria que adopta la resolución, los cuales son de gran interés para poder comprender, si más no, que se trata de una cuestión muy debatida y que aún pueden volverse a presentar cambios en un futuro.

El primer voto particular lo realizó Antonio del Moral Garcia, el ponente de la sentencia (y al que más tarde se adhirió un cuarto magistrado, Pablo Llarena Conde). Entendía que la posición más acertada era la descartada, la seguida en virtud del Acuerdo de 2018 (y que siguió en la STC nº 205/2018, de 25 de abril) y que además, para un giro interpretativo de estas magnitudes, era necesaria una modificación legislativa al afectar a un derecho derivado del artículo 24 CE.

⁹⁷ Incluso en los tipos del artículo 191 CP (delito semipúblico), puesto que al contemplar la posibilidad de la querrela del Ministerio Fiscal, convierte su perseguibilidad prácticamente de oficio. (LIBANO BERISTAIN, Arantza, “La protección reforzada como eje central de las reformas en materia de violencia doméstica y de género: luces y sombras”, Revista General de Derecho Procesal, nº 46 (2018), p. 18)

⁹⁸ El Tribunal en este pronunciamiento se apoya en lo que se estableció ya en la comentada STS nº 449/2015, de 14 de julio, la cual, sin ser conscientes en aquel momento, supuso el primer paso para el establecimiento del actual criterio seguido en cuanto a la vigencia de la dispensa: aquella testigo-víctima de violencia de género que se persona como acusación particular acepta renunciar de forma definitiva su derecho a no declarar del artículo 416 LECrim, por lo que perdido tal estatus, estará obligada a testificar sobre los hechos en fase de juicio oral, incluso en que en dicho momento procesal exprese su deseo a no hacerlo.

El segundo voto particular lo formuló Andrés Palomo del Arco, considerando que la justificación empleada para realizar tal giro jurisprudencial era absolutamente insuficiente, puesto que en ningún modo se estaba garantizando el cese de las coacciones del presunto agresor investigado hacía su víctima y testigo de los hechos, tal y como pretendía conseguir el voto mayoritario.

El tercero, lo realizó Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, quien venía a entender que la solución al problema de las víctimas-testigos que denunciaban y luego ejercían su derecho a no declarar correspondía en todo caso al legislador. Además, catalogando de débiles los argumentos sobre los que basaban el cambio, consideraba que la denuncia seguía teniendo sentido pese a que se ejerciera el derecho a no declarar, al ser estas (la denuncia y la dispensa a declarar) instituciones independientes. Por último, expresaba su disconformidad con limitar la dispensa para aquellas personas no víctimas del delito.

3.4. MOMENTO PROCESAL DE INFORMAR SOBRE LA DISPENSA DEL ARTÍCULO 416 LECRIM.

Para que la víctima-testigo pueda acogerse al derecho a no declarar, surge indispensablemente el deber de información a favor del pariente, puesto que esta no tiene por qué poseer nociones estrictamente jurídicas que le haga conocedora sobre la existencia de este derecho^{99 100}, salvo que acudan asesoradas desde un inicio por un/a letrado/a o jurista.

En este sentido, es de interés mencionar que el artículo 20 de la LOMPIVG garantiza el previo asesoramiento jurídico gratuito a la interposición de la denuncia¹⁰¹, y la defensa y representación gratuita a aquellas mujeres víctimas de

⁹⁹ VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, op. cit., p. 26.

¹⁰⁰ El principio de *iura novit curia* aplicable a los órganos jurisdiccionales en ningún caso es extrapolable al ciudadano, por lo que, excepto que se trate de un jurista o persona con conocimiento jurídicos, desconocerán el derecho.

¹⁰¹ En el Protocolo de Actuación y Coordinación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Abogados ante la Violencia de Género regulada en la LOMPIVG (aprobado por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 3 de Julio de 2007), se contemplan detalladamente las obligaciones de los letrados/as especializados de oficio de las víctimas de violencia de género ante dependencias policiales, donde figura, entre otras, el asesoramiento jurídico previo con el que se le informará sobre las posibilidades de protección, personación, sus derechos y consecuencias de todo ello, así como la advertencia sobre el contenido del artículo 416 LECrim. (Ministerio de Justicia (España). Comisión Nacional de Coordinación de

violencia de género¹⁰². Se trata de una asistencia jurídica de carácter inmediato y especializado que persigue la protección desde el inicio del procedimiento judicial, e incluso antes, a todas aquellas mujeres víctimas de esta delicada violencia.

Además, en este punto también conviene hacer mención a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito^{103 104}. Se trata de un texto normativo con el que se realiza un importante avance en materia de protección de la víctima (en especial, de violencia de género), obligando a prestarle atención, acompañamiento por quien desee, acceso a servicios de asistencia y medidas de aseguramiento necesarias¹⁰⁵. Entre este catálogo de derechos procesales y extraprocesales se recoge la obligación por parte del Ministerio Fiscal, una vez tenga conocimiento del hecho con apariencia delictiva, de informar a la víctima de sus derechos reconocidos por la legislación (entre los que se encontraría el derecho a no declarar del artículo 416 LECrim). De igual modo, el Letrado de la Administración de Justicia¹⁰⁶ (o personal especializado en asistencia a las víctimas) tendrá el deber de informar sobre los derechos recogidos en la legislación vigente en el momento de la declaración de la víctima.

la Policía Judicial, “Protocolo de actuación y coordinación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Abogados ante la violencia de género regulada en la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, (2007), en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Protocolo-de-actuacion-y-coordinacion-de-Fuerzas-y-Cuerpos-de-Seguridad-del-Estado-y-Abogados-ante-la-violencia-de-genero-regulada-en-la-Ley-Organica-1-2004--de-medidas-de-proteccion-integral-contr-la-violencia-de-genero>. [consultado: 12/03/2021].

¹⁰² La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 1/1996, de 10 de enero), modificada por el Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero y Ley 41/2015, de 5 de octubre, contempla el derecho a la asistencia gratuita a las víctimas de violencia de género con independencia de la existencia de recursos de esta. A estos efectos, el beneficio de justicia gratuita se perderá una vez adquiera firmeza la sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, en tal caso, la víctima deberá abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente a partir de este momento. (artículo 2 g) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

¹⁰³ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. [BOE-A-2015-4606]

¹⁰⁴ Se trata de la transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos.

¹⁰⁵ BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 LECRIM”, op. cit., p. 21.

¹⁰⁶ Anteriormente conocido como Secretario Judicial, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la LOPJ anterior (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio) en su Preámbulo IX establece la modificación terminológica de este cuerpo de funcionarios de la Administración de Justicia.

La falta de información sobre la posibilidad del acogimiento a la estudiada dispensa presenta una gran importancia en este tipo de procesos al peligrar la validez de las declaraciones de la víctima-testigo (siendo en muchas ocasiones la única prueba de cargo), motivo por el cual ha sido necesario el pronunciamiento judicial en más de una ocasión sobre esta cuestión¹⁰⁷.

Según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 416.1 LECrim, el Juez instructor tiene la obligación de advertir al cónyuge del procesado o persona unida a él por relación de hecho análoga a la matrimonial que se encuentre en calidad de testigo¹⁰⁸ (y en su caso, víctima) el derecho al que pueden acogerse que les exime de la obligación general de declarar contra el investigado. De igual modo se prevé que podrán realizar las manifestaciones que considerasen oportunas, las cuales serán consignadas por el Letrado de la Administración de Justicia como contestación a esta notificación de índole informativa.

Esta obligación informativa asignada por el legislador al Juez que dirige la instrucción se ha hecho extensiva de igual forma al cuerpo policial¹⁰⁹, según lo ha establecido nuestra jurisprudencia (vgr. la STS nº 385/2007, de 10 de mayo), al entender que la policía actúa por “delegación o representación del juez”¹¹⁰.

En ningún caso tal información sobre la posibilidad de acogerse a la exención se configura como una prohibición a declarar, puesto que, como se ha reiterado en el epígrafe “3.3. Contenido de la dispensa”, se trata de un derecho que podrá ejercerse de forma libre y voluntariamente por parte de la víctima-testigo.

Dicha advertencia se configura como una garantía procesal que debe ser necesariamente respetada durante la testifical¹¹¹, y que se efectuará en fase policial,

¹⁰⁷ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 9713 (2020).

¹⁰⁸ Y del mismo modo se deberá advertir de tal exención a los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.

¹⁰⁹ La jurisprudencia ha venido a entender que sería absurdo excluir como sujetos responsables de tal deber a la Policía, puesto que la finalidad del legislador con esta advertencia es de naturaleza “defensiva”, puesto que se permitiría obtener una prueba de cargo mediante la declaración policial, pero en cambio se imposibilitaría hacerlo con la declaración realizada ante el juez. (Fundamento jurídico 3º de la STS nº 385/2007, de 10 de mayo)

¹¹⁰ Reiterando la doctrina que el TS recogía en la STS nº 506/2001, de 6 de abril. (Fundamento jurídico 3º de la STS nº 385/2007, de 10 de mayo)

¹¹¹ PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La ruptura del silencio del cómplice”, op. cit., p. 16.

ante el juzgado instructor y en el plenario¹¹². De este modo encontramos 2 fases procesales donde actúa este deber de información¹¹³:

- i. En fase policial, el funcionario de policía deberá informar a la víctima del contenido de la dispensa tanto del artículo 261 LECrim (el derecho a no denunciar) como del artículo 416 de la misma norma procesal (el derecho a no declarar).
- ii. En fase judicial (instrucción y plenario¹¹⁴), el Juez debe comunicarle la posibilidad de ejercer tal derecho, si es que anteriormente decidió no hacerlo¹¹⁵. El Letrado de la Administración de Justicia será quien consigne las contestaciones por parte del testigo a la comunicación efectuada por el Juez.

El hecho de no informar a la víctima-testigo sobre su derecho a no declarar comportaría la nulidad de pleno derecho de las declaraciones prestadas contra el procesado que esta realizase y consecuentemente, resultarían inservibles como prueba de cargo^{116 117} (en aplicación del artículo 11.1 LOPJ ¹¹⁸).

El referido requerimiento previo, necesario como regla general para que la declaración de la víctima-testigo no carezca de virtualidad probatoria, puede no ser

¹¹² Para mayor detalle: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel y SERRANO MASIP, Mercedes, “Denuncia y dispensa del deber de declarar” en: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.) y ALONSO SALGADO, Cristina (Coord.), *Violencia de género y Justicia*, Santiago de Compostela: Editorial Tirant lo Blanch, 2013, pp. 549-580.

¹¹³ Tal y como dispone el Fundamento jurídico 2º de la STS nº 854/2013, de 30 de octubre: “Por tal motivo, esta Sala viene entendiendo necesario que se aperciba al testigo de la dispensa tanto en sede policial como judicial y, dentro de esta, en cada una de las fases del proceso (instrucción y plenario), siguiéndose como efecto de la inobservancia de dicha obligación la nulidad de la declaración así prestada y la consiguiente imposibilidad de que sea valorada por el Juzgado”.

¹¹⁴ En aplicación del artículo 707 LECrim.

¹¹⁵ REYNAL QUEROL, Núria, “Algunas notas acerca del testimonio de la víctima en los casos de violencia de género”, en: ESPUNY I TOMÁS, María Jesús; VALLÉS MUÑO, Daniel y VELO FABREGAT, Elisabet (Coord.), *La investigación en Derecho con perspectiva de género*, Madrid: Editorial Dykinson, 2020, p. 376.

¹¹⁶ Respecto a esta cuestión existe una posición jurisprudencial consolidada, véase como ejemplo la STS nº 13/2009, de 22 de enero o STS nº 160/2010, de 5 marzo.

¹¹⁷ ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista de Derecho vLex*, nº 179 (2019), p. 35.

¹¹⁸ Artículo 11.1 LOPJ: «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

preceptivo en determinados supuestos donde la víctima mantiene una actitud procesal acusatoria coherente¹¹⁹.

Estos casos vienen a ser en los que media denuncia espontánea por parte de la víctima-testigo, o cuando esta se persona como acusación particular al entenderse de tal actuación una implícita renuncia a la dispensa^{120 121}.

Con la STS nº 625/2007, de 12 de julio, se realizó una matización de gran calado práctico al entender que si se da el supuesto donde la víctima es quien interpone la denuncia de forma manifiestamente voluntaria y espontánea no le resultaría preceptivo el deber de advertencia previo sobre el artículo 416 LECrim¹²². En el mismo sentido se encuentran las SSTS nº 1225/2004, de 27 de octubre¹²³, nº 101/2008, de 20 de febrero, nº 294/2009, de 28 de enero, nº 449/2015, de 14 de julio, nº 557/2016, de 23 de junio o nº 49/2018, de 30 de enero.

La más que citada STC nº 94/2010, de 15 de noviembre, vino a reiterar lo expuesto al justificar la inobservancia en determinados casos del deber de información en los siguientes términos:

“Aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a esta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente

¹¹⁹ REYNAL QUEROL, Núria, “Algunas notas acerca del testimonio de la víctima en los casos de violencia de género”, op. cit., p. 377.

¹²⁰ Se deduce del Acuerdo del Pleno del TS no jurisdiccional de 2013 anteriormente analizado, el cual excluyó del ámbito de aplicación del artículo 416 LECrim a los casos donde la víctima se persone como acusación.

¹²¹ Para mayor comprensión: SERRANO PÉREZ, Inmaculada, “La dispensa a no declarar del artículo 416 LECrim en los procedimientos de violencia de género”, op. cit., p. 13.

¹²² Fundamento jurídico único de la STS nº 625/2007, de 12 de julio: “Dicho de otra manera: el artículo 416.1º establece un derecho renunciante en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto”

¹²³ Fundamento jurídico 3º de la STS nº 1225/2004, de 27 de octubre: “En el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue Yolanda quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan --folio 1-- denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente”.

entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del artículo 416 LECrim”¹²⁴.

“A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el artículo 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el *ius ut procedatur*¹²⁵ del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad”¹²⁶.

Así pues, excepto en los casos de denuncia espontánea o acusación particular por parte de la víctima-testigo, la declaración prestada en fase sumarial o en juicio oral sin la correspondiente advertencia de su derecho a no declarar se convierte en una prueba judicial obtenida de forma no autorizada y viciada al vulnerarse las garantías y derechos del testigo, con lo que conllevará a la nulidad de pleno derecho de la declaración que haya realizado, aunque no del juicio en sí¹²⁷.

En definitiva, únicamente será válida la declaración prestada contra el procesado cuando se trata de uno de los sujetos que prevé el artículo 416 LECrim y se le haya informado correctamente al testigo previamente del contenido de su derecho a no declarar.

Ahora bien, el hecho, por ejemplo, que se advierta en fase prejudicial por parte del cuerpo policial de la dispensa, o incluso por el Juez instructor, y la víctima-testigo

¹²⁴ Fundamento jurídico 6º de la STC nº 94/2010, de 15 de noviembre.

¹²⁵ Derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso penal.

¹²⁶ Fundamento jurídico 6º de la STC nº 94/2010, de 15 de noviembre.

¹²⁷ Fundamento jurídico 2º de la STS nº 854/2013, de 30 de octubre.

renuncie a la misma no le imposibilitará en ningún momento, tal y como se ha podido entender a lo largo del trabajo, que en juicio oral se acoja a tal dispensa.

Por lo tanto, en el supuesto caso de que la víctima-testigo, pese a haber sido la denunciante de los hechos, e incluso ante el Juez instructor hubiese ratificado lo manifestado, si luego decidiese en el acto del juicio oral acogerse a la dispensa a no declarar, no sería posible dar lectura de la declaración sumarial para elevarla al plenario, tal y como sucede ante contradicciones en las declaraciones de testigos¹²⁸ en virtud del artículo 714 LECrim¹²⁹.

¹²⁸ ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género”, op. cit., p. 38.

¹²⁹ Artículo 714 LECrim: «Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de esta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe».

4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 416 LECRIM EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

El artículo 416 LECrim en la praxis procesal no siempre comporta dificultades. El alcance del ámbito subjetivo, como ya se ha hecho referencia, no se limita exclusivamente a la pareja o situación análoga con el investigado, por lo que podemos encontrar supuestos donde la “no declaración” del pariente testigo al cual le es de aplicación la referida dispensa no plantee problema práctico alguno (véase por ejemplo el caso donde una madre/padre se acoge a su derecho a no declarar en calidad de testigo contra su hijo/a).

En cambio, el problema sí aparece cuando quien tiene que declarar contra el investigado, es la propia víctima de un delito de violencia de género, puesto que esta no es una mera parte procesal, sino es aquel sujeto con la condición dual de víctima y testigo¹³⁰.

El acogimiento en estos supuestos de la dispensa a no declarar dificulta claramente la terminación exitosa del proceso, es decir, con una sentencia condenatoria para el autor del delito de violencia de género.

Algunos de estos problemas que surgen en la práctica procesal pueden derivarse de las propias peculiaridades que presenta este tipo de delitos y víctimas, o a consecuencia de determinados sucesos que tienen lugar durante la tramitación del proceso judicial que a continuación se abordarán.

4.1. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: motivos más comunes para el acogimiento a la dispensa a no declarar.

La principal característica diferenciadora en los procesos donde se enjuician delitos de violencia de género es la dificultad de conocimiento de dichos hechos delictivos, así como los obstáculos probatorios de los mismos que surgen a causa del carácter íntimo y resguardado que presenta el lugar de producción de tales hechos¹³¹. Por ello, en la mayoría de los casos, el único medio probatorio para desvirtuar la

¹³⁰ SERRANO PÉREZ, Inmaculada, “La dispensa a no declarar del artículo 416 LECrim en los procedimientos de violencia de género”, op. cit., p. 5.

¹³¹ ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género”, op. cit., p. 28.

presunción de inocencia del investigado es la propia declaración de la víctima de violencia de género.

La situación de violencia que sufre la mujer víctima de violencia de género puede necesitar de un gran periodo de tiempo para poder ser visibilizada por su entorno e incluso identificada y reconocida por la propia mujer.

El perfil psicológico de una mujer víctima de violencia de género no presenta rasgos homogéneos predicables a todos los casos¹³², aunque, cierto es que podemos identificar algún que otro rasgo intrínseco en este tipo de situaciones: se ejerce por parte de una persona cercana y querida, suele tener lugar en el propio domicilio de la víctima, se busca el control de la mujer y un sometimiento de la misma, y se produce de forma cíclica¹³³.

Al hilo de esto debe hacerse mención a la “teoría del Ciclo de la Violencia en la pareja” de Lenore Walker (1979)¹³⁴, la cual nos permite entender alguno de los motivos que empujan a la víctima a acogerse a la dispensa a no declarar¹³⁵. Esta teoría, explicada más detalladamente en el Anexo nº 3, se basa en tres fases o etapas que se repiten sucesivamente:

- i. Fase de acumulación de tensiones.
- ii. Fase de explosión o agresión.
- iii. Fase de reconciliación o luna de miel.

Esta mecánica cíclica de violencia de género es el motivo por el cual muchas mujeres son incapaces de huir de ese escenario violento, y dificulta la toma de decisión sobre declarar en contra de sus parejas (y agresores)¹³⁶.

¹³² RUÍZ LÓPEZ, Cristina, “La denuncia del delito de violencia de género”, op. cit., p. 87.

¹³³ HERRERO ÁLVAREZ, Sergio, “La dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género”, op. cit., p. 2.

¹³⁴ WALKER, Lenore, *The Battered woman*, Nueva York: Harper and Row, 1979.

¹³⁵ No es la única teoría sobre la materia. Otra de gran interés es la teoría de “Las Etapas de la Violencia de Pareja” realizada por Karen Landenburger que diferencia cuatro etapas que caracterizan el proceso gradual que debe pasar una mujer que sale de una relación de maltrato conyugal: etapa de entrega, de aguante, de desenganche y de recuperación. (SERRAT MORE, Dolores, “Violencia en el ámbito doméstico”, en: ELÓSEGUI ITXASO, María y GONZÁLEZ CORTÉS, María Teresa (Ed.), *El rostro de la violencia: más allá del dolor de las mujeres*, Barcelona: Icaria Editores, 2002, p. 127.)

¹³⁶ Véase Anexo nº 3 donde se expone en profundidad esta teoría.

Incluso la jurisprudencia se ha hecho eco de esta teoría de forma indirecta (vgr. la SAP Murcia nº 24/2006, de 15 de marzo) al establecer que el “presunto agresor (tiende) a emplearse a fondo en su papel, incrementando sus amenazas o coacciones para que cambie su declaración o, simplemente, adoptando el papel del compañero débil que pide perdón y que asegura que no lo volverá a hacer”¹³⁷.

Pese a que es difícil identificar explícitamente los motivos que empujan a la víctima-testigo en su decisión de acogerse a la dispensa a no declarar contra su agresor (puesto que no hay un patrón totalmente heterogéneo aplicable a todos los casos), atendiendo a las tres fases cíclicas comentadas y a los resultados de la Macroencuesta de Violencia Contra la Mujer de 2019, publicada en 2020 por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género¹³⁸, podemos considerar como motivos más comunes los tres siguientes¹³⁹:

- i. El miedo (24,7%) a estar en un procedimiento judicial con quien fue/es su pareja, por la incertidumbre, desconocimiento y vergüenza que provoca tal situación e incluso por el temor a que se cuestione su credibilidad (al ser conscientes que en ocasiones es difícil probar tal situación de violencia, más aún cuando esta no se exterioriza de forma física).
- ii. Por el hecho de actuar contra el que es el padre de sus hijos/as (21,9%), la posibilidad que existe de que sus hijos/as perdiesen a su padre y el daño que tal situación ocasionaría.
- iii. Por el hecho de que su agresor le prometió que no iba a suceder más (19%), mostrando así la tercera etapa del ciclo de la violencia. Esta actitud por parte del agresor hace que la víctima pueda plantearse la retirada de la denuncia o la no declaración contra él al creer (erróneamente) en esas falsas promesas.

¹³⁷ Fundamento jurídico 3º de la SAP Murcia nº 24/2006, de 15 de marzo.

¹³⁸ Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género), “Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019”, (2020), p. 112, en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> [consultado: 01/04/2021].

¹³⁹ Véase Anexo nº 4.

Estos tres motivos son los que en la mayoría de ocasiones impulsan a la mujer a retirar la denuncia o, simplemente, a no declarar contra su agresor en el juicio oral y que todas sus manifestaciones anteriores no puedan ser tenidas en cuenta para poder probar la culpabilidad de su agresor. Estos resultados muestran sin esfuerzos que la víctima de violencia de género es una mujer atrapada en tal situación, con un colapso psicológico que le impide actuar, por lo que necesitan de un gran apoyo social, económico y psicológico.

Es por esto por lo que ante este tipo de víctimas es fundamental la asistencia por parte de equipos multidisciplinarios especializados y medidas de protección específicas¹⁴⁰ de cara a una protección integral de las mismas.

4.2. LA RETIRADA O RETRACCIÓN DE LA DENUNCIA.

La realidad evidencia que durante la tramitación de un proceso judicial en el cual se juzga un delito de violencia de género, la propia víctima-testigo (que puede coincidir con el sujeto denunciante) en multitudes de ocasiones posteriormente manifiesta su voluntad de retirar la denuncia. En el Informe Anual sobre Violencia de Género del 2020 del CGPJ muestra que en 14.932 casos, la víctima decidió acogerse a la dispensa a no declarar¹⁴¹.

Debemos partir de la premisa que la (difícil) decisión de denunciar por parte de la víctima contra su agresor lleva consigo todo un profundo trasfondo psicológico que en muchos casos puede acabar provocando la voluntad de la misma de querer apartarse del procedimiento ya iniciado. Este tipo de violencia, como ya se ha hecho mención anteriormente, en ocasiones es tan sutil y privada, la cual comporta una situación difícil familiar y socialmente, que hace que las mujeres víctimas se ven superadas por los miedos, inseguridades con la Administración de Justicia (ante las posibles y futuras medidas provisionales o el futuro de la patria potestad o régimen

¹⁴⁰ Existen las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) contempladas en la Disposición Final 2ª de la LOMPIVG, las cuales son esenciales en la elaboración de informes por parte de profesionales que la componen (médicos forenses, psicólogos y trabajadores sociales) en los procedimientos civiles y penales relacionados con la violencia de género. (BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 LECRIM”, op. cit., p. 21.)

¹⁴¹ Consejo General del Poder Judicial (España), “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial - Anual 2020”, (2020), en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2020> [consultado: 25/03/2021]

de visitas de los hijos comunes, en caso que existan), dependencia emocional y económica de su agresor, el miedo a la reacción del mismo (posibles represalias y coacciones), sentimientos de sumisión y resignación, o incluso esperanzas en que todo se arregle¹⁴².

Ante una situación tan compleja como esta, el Juez debe cerciorarse en todo caso que esta retirada de la víctima se hace de forma voluntaria y libre, y que en ningún caso se trata de una decisión forzosa¹⁴³.

Cuando la denunciante (y víctima-testigo) manifiesta su voluntad de retirar la denuncia en fase de instrucción (o se retracta en el juicio oral) no puede comportar automáticamente el archivo del proceso (así como tampoco la suspensión de las medidas cautelares que se fueron dictadas, en su caso), puesto que no debe olvidarse que estamos ante delitos públicos (a excepción de los contemplados el artículo 191 CP: agresión, abuso y acoso sexual¹⁴⁴), los cuales se rigen por los principios de legalidad y no de oportunidad¹⁴⁵.

En este sentido, interesa mencionar la SAP Valencia nº 148/2005, de 26 de abril al disponer: “cierto también que la perjudicada se ha retractado en juicio de cualquier imputación hacia el acusado, pero también lo es que en este tipo de delitos es usual la retractación de la víctima, la renuncia, el perdón, la retirada de la denuncia pero no por ello debe pararse la acción penal, cuando los hechos son perseguibles de oficio y la sociedad reclama la protección de la víctima, incluso pese a ella misma y contra su propio miedo”¹⁴⁶.

¹⁴² BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 LECRIM”, op. cit., p. 16.

¹⁴³ En la STS nº 1280/2011, de 22 de noviembre, se estimó la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al uso de medios de prueba pertinentes, y a las debidas garantías en el proceso al haberse dirigido el acusado, una vez se había informado a la víctima de su derecho a no declarar, a esta y, tras haberle dicho algo al oído, decidió no declarar.

¹⁴⁴ Tal y como se ha podido hacer mención anteriormente, los tipos contemplados en el artículo 191 CP son de carácter semipúblico, así como en el caso de injurias leves (artículo 173.4 CP) o lesiones dolosas leves (artículo 147.1 y 4 CP) cuando se tratan de supuestos de violencia de género (sujetos contemplados en el artículo 173.2 CP). Situación que muestra la heterogénea estrategia que adopta el legislador español en aras de proteger reforzadamente casos de violencia de género. (LIBANO BERISTAIN, Arantza, “La protección reforzada como eje central de las reformas en materia de violencia...”, op. cit., pp. 17-22)

¹⁴⁵ ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género”, op. cit., p. 33.

¹⁴⁶ Fundamento jurídico 1º de la SAP Valencia nº 148/2005, de 26 de abril.

Por lo tanto, se proseguirá con la sustentación del procedimiento y se valorará por parte del órgano enjuiciador si realmente existen elementos probatorios suficientes diferentes a los de la declaración de la víctima (de la cual ahora se carecería) para poder desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

Si la renuncia de la víctima-testigo comportase automáticamente el archivo y terminación del proceso, resultaría otorgar a este tipo de delito el perdón del ofendido como causa de exención de responsabilidad penal, una facultad jurídica de la cual carece (a excepción del delito leve de injurias contemplado en el artículo 173.4 CP)¹⁴⁷.

4.3. LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DIFICULTAD PROBATORIA.

El entorno privado en el que suelen producirse los delitos de violencia de género comporta en muchos casos que el único medio probatorio sea la declaración de la propia víctima, y esto, a su vez, sumado a la posibilidad del acogimiento por esta a la dispensa del artículo 416 LECrim conduce a la finalización del procedimiento judicial con fallo absolutorio. Por ello, adquiere una gran importancia el valor probatorio del testimonio de la víctima en el juicio oral (en el caso que haya tenido lugar)¹⁴⁸, sobre todo en aquellos casos donde la acusación es por amenazas, coacciones o maltrato psicológico (donde se carece en la mayoría de los casos de informes o partes médicos).

Con carácter general, según la doctrina y jurisprudencia, el testimonio prestado por la víctima de violencia de género es válido y suficiente para motivar una sentencia condenatoria¹⁴⁹. En el caso de que no exista otro medio probatorio que lo acompañen (vgr. parte de lesiones o testigo directo de los hechos), deberá tenerse un especial cuidado en su valoración para no vulnerar garantías procesales básicas

¹⁴⁷ ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género”, op. cit., p. 34.

¹⁴⁸ La normativa de aplicación para la protección de la víctima en el proceso penal la compone la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. Con carácter general, se establece el derecho a la protección durante la investigación y enjuiciamiento de los delitos, y en particular, durante la declaración o testificación en el juicio. Tales medidas se adoptarán en función de la situación particular de cada víctima, como puede ser la relación previa entre víctima e investigado.

¹⁴⁹ Encontramos numerosas sentencias en este sentido: SSTS nº 706/2000, de 26 de abril, nº 313/2002, de 22 de febrero, nº 339/2007, 30 de abril, nº 294/2008, de 27 de mayo y SSTC nº 201/89, de 30 de noviembre, nº 173/90, de 12 de noviembre, nº 229/91, de 28 de noviembre.

como son el derecho de defensa, el principio de contradicción, la presunción de inocencia o la prohibición de indefensión¹⁵⁰.

Si a pesar de toda la actividad probatoria acaecida en el proceso, el órgano enjuiciador no la considera suficiente para la destrucción de la presunción de inocencia deberá finalizar el proceso, por razones de seguridad jurídica, con una resolución absolutoria. Muestra de ello lo encontramos en que en 2020, de las 22.724 sentencias dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el 39,7% del total fueron sentencias absolutorias¹⁵¹.

La STS nº 739/2011, de 14 de julio (en referencia a la STS nº 479/2004, de 15 de marzo) reiteró que en caso de que solo existiese el testimonio de la víctima y no se presentase razón objetiva alguna que la invalide o provoque dudas para formar la convicción firme del juzgador, se hacía necesario a la hora de su valoración la concurrencia (que no exigencias) de determinados criterios para poder esclarecer las dudas del juzgador¹⁵²:

- i. La ausencia de incredibilidad subjetiva que pudiera resultar de las características o circunstancias personales de la víctima-testigo (incluida la relación con el acusado) que revelen la existencia de un posible móvil espurio, de resentimiento, enemistad o venganza que pongan en tela de juicio la sinceridad de la declaración de la víctima-testigo¹⁵³.

En relación a este criterio, se debe resaltar que el hecho de que la víctima-testigo sea quien haya incoado el proceso mediante denuncia, puede que se muestre un

¹⁵⁰ Para saber más sobre alguno de los supuestos en los que el valor probatorio de la declaración de la víctima pueda suscitar alguna dificultad véase: REYNAL QUEROL, Nuria, “Algunas notas acerca del testimonio de la víctima en los casos de violencia de género”, op. cit., pp. 378-387.

¹⁵¹ Consejo General del Poder Judicial (España), “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial - Anual 2020”, (2020), en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2020> [consultado: 25/03/2021]. Véase Anexo nº 5.

¹⁵² En el mismo sentido apuntan, entre otras, la STS nº 2/2013, de 15 de enero, SAP Madrid nº 392/2014, de 23 de junio, STS nº 540/2015, de 24 de septiembre, STS nº 556/2017, de 13 de julio o la STS nº 246/2020, de 27 de mayo.

¹⁵³ REYNAL QUEROL, Nuria, “Algunas notas acerca del testimonio de la víctima en los casos de violencia de género”, op. cit., p. 385.

interés condenatorio por parte de esta, pero no debe suponer en ningún caso la eliminación del valor de sus declaraciones¹⁵⁴.

- ii. La verosimilitud del testimonio avalado por otros elementos objetivos y periféricos que corroboren la existencia del delito (como son partes de lesiones, testigos indirectos, mensajes de texto...) ¹⁵⁵.
- iii. La persistencia en la incriminación, la cual debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresa y ausencia de ambigüedades o contradicciones ¹⁵⁶.

Que la víctima presente cambios mínimos o introduzca datos relacionados con hechos accesorios no alterará esta incriminación, sino que lo trascendental será que la información determinante se mantenga inalterada durante todas las manifestaciones de la víctima durante el procedimiento.

Por todo lo expuesto, resulta necesario que el órgano enjuiciador aplique, a la hora de valorar la validez probatoria de la declaración de la víctima-testigo, una cierta flexibilización y perspectiva de género, eliminando todo estereotipo tradicional discriminatorio ¹⁵⁷.

¹⁵⁴ MORENO CUERVA, Luisa Pilar, “La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación”, *Universitat Autònoma de Barcelona*, (2016) p. 258.

¹⁵⁵ MARTÍNEZ MORA, Gemma, “La difícil protección judicial de la víctima...”, op. cit., p. 5.

¹⁵⁶ ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género”, op. cit., p. 29.

¹⁵⁷ REYNAL QUEROL, Nuria, “Algunas notas acerca del testimonio de la víctima en los casos de violencia de género”, op. cit., p. 387.

5. PROPUESTAS DE MEJORA

Expertos sobre la materia aquí analizada, a partir del incremento de casos que llegaban a los Juzgados de Violencia de Género, y las complicaciones prácticas que conllevaba la aplicación del artículo 416 LECrim, han mostrado apoyo a la posibilidad de modificar determinadas figuras procesales en aras de mejorar las disfuncionalidades judiciales y erradicar todo el vaivén jurisprudencial que se viene dando. Además, algunos han manifestado su conformidad o disconformidad acerca de la posibilidad de abolir dicho precepto para las víctimas-testigos de violencia de género. A continuación se procede a la breve exposición de alguna de estas propuestas:

a) LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

El artículo 741 LECrim dispone que el órgano enjuiciador deberá dictar sentencia conforme a las pruebas que se hayan practicado durante el acto procesal del juicio oral (en virtud del principio de inmediación judicial). Por lo tanto, en principio, el fallo no puede fundarse en pruebas practicadas en anteriores fases procesales.

El hecho de que la víctima, como único testigo de los presuntos hechos delictivos, decida finalmente en fase de juicio oral acogerse a su derecho a no declarar, imposibilita al Juez decidir en base a sus declaraciones y manifestaciones prestadas en momentos anteriores por respeto a la voluntad (en principio libre) de la mujer.

A pesar de ello, existen excepciones a esta regla general de la valoración de la prueba en fase de juicio oral, y no es otra que la prueba preconstituida (junto con la prueba anticipada) regulada en los artículos 448, 449, 730 y 777 LECrim. Se tratan de diligencias que por su naturaleza no son susceptibles de ser reproducidas en el juicio oral, por lo que deben recogerse en un momento previo por el funcionario judicial, respetando en todo caso las exigencias formales y garantías procesales establecidas¹⁵⁸.

La jurisprudencia constitucional ha otorgado fuerza probatoria válida para desvirtuar la presunción de inocencia a este tipo de instrumento siempre que reúna los siguientes criterios: fugacidad de la prueba, se intervenga ante una autoridad

¹⁵⁸ SERRANO OCHOA, María Ángeles; SIBONY, Ruby y REINA TORANZO, Olga, “La prueba y la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procesos de violencia de género”, *Revista La Toga*, nº 182 (2011).

judicial (excepto en caso de urgencia y necesidad que podría hacerse ante autoridades policiales), se respete el principio de contradicción y se reproduzca en el plenario¹⁵⁹.

En este sentido, en los últimos tiempos, los órganos jurisdiccionales han venido admitiendo como prueba preconstituida la declaración sumarial prestada por determinadas víctimas del delito enjuiciado (menores, discapacitados, con alteraciones psicológicas..). Por ejemplo la STS nº 965/2016, de 21 de diciembre, consideró como prueba preconstituida la declaración en fase sumarial de la víctima menor de edad y con discapacidades psicológicas de un delito de agresión sexual.

Sin embargo, hasta el momento, cuando nos encontramos la circunstancia objeto de estudio en el presente trabajo (víctima-testigo de delitos de violencia de género la cual se acoge a la dispensa a no declarar en el plenario) los pronunciamientos judiciales han venido a ser bien diferentes. Este es el caso, entre otros, de la STS nº 205/2018, de 25 de abril, donde el juzgador aplica el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno del TS de 23 de enero de 2018 anteriormente comentado, y niega la posibilidad de introducir declaraciones sumariales de la víctima dispensada como pruebas preconstituidas en el proceso penal. El TS justifica esta decisión en la voluntad inequívoca de la víctima en no declarar, ya que otorgar capacidad probatoria a las declaraciones prestadas anteriormente comportaría neutralizar tal decisión¹⁶⁰.

Una posible solución al problema objeto de estudio recaería en otorgar el carácter preconstituido a la declaración que realizó la víctima durante la fase de instrucción¹⁶¹, y por lo tanto, podría considerarse como causa (la negativa a declarar de la víctima-testigo) que imposibilita la declaración en juicio oral. Esta opción permitiría, además de evitar el sufrimiento que le ocasionaría a la víctima revivir sucesos traumáticos, impedir que el ejercicio del artículo 416 LECrim (considerando el riesgo a posibles amenazas, coacciones o incluso por el resultado

¹⁵⁹ Fundamento jurídico nº 3 de la STC nº 94/2002, de 22 de abril.

¹⁶⁰ Fundamento jurídico nº 2 de la STS nº 205/2018, de 25 de abril.

¹⁶¹ Tal y como sucede en casos de víctimas con residencia en el extranjero (véase como ejemplo la STS nº 2/2016, de 19 de enero).

del ciclo de la violencia antes comentado) por parte de la víctima-testigo dejase impunes conductas tan despreciables¹⁶².

b) LA PRUEBA INDICIARIA

Otra figura interesante que podría tener cabida en la materia analizada con el objetivo de solventar algunos problemas prácticos sería la prueba indiciaria.

La prueba indiciaria (o circunstancial) se define por nuestra jurisprudencia “como la que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos, indicios, que no son constitutivos de delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar”¹⁶³ (vgr. las SSTs nº 532/2019, de 4 de noviembre, nº 670/2013, de 19 de julio, nº 703/2014, de 29 de octubre, o nº 1010/2012, de 21 de diciembre).

Asimismo, esta modalidad probatoria requiere que los hechos indicadores (o hechos base) sean múltiples (o bien sea único pero con suficiente fuerza acreditativa), estén interrelacionados entre sí, estén bien acreditados, sean de naturaleza acusatoria, viertan sobre el hecho principal, y, por último, que la inferencia que se realice sea racional, conforme a las reglas de la lógica, coherencia, experiencia, y cuente con la motivación suficiente¹⁶⁴.

En el ámbito de delitos de violencia de género, este tipo probatorio nos permitiría deducir los hechos acontecidos a partir de indicios vertidos por ejemplo por los agentes que asistieron telefónicamente a la víctima, testimonios de vecinos o familiares, las condiciones que presentaba el domicilio de la víctima o lugar de producción de los hechos...

Es más, incluso la STC nº 174/1985, de 17 de diciembre, consideró que la certeza del enjuiciador en base a una prueba indiciaria no vulneraba el principio de

¹⁶² REYNAL QUEROL, Núria, “Algunas notas acerca del testimonio de la víctima en los casos de violencia de género”, op. cit., p. 382.

¹⁶³ Fundamento jurídico 2º de la STS nº 532/2019, de 4 de noviembre.

¹⁶⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?”, *Actualidad jurídica* Aranzadi, nº 769 (2009), p. 4.

inocencia, puesto que hay que tener en cuenta no existe en todo procedimiento penal prueba de cargo directa, por mucho que se esfuercen en obtenerla¹⁶⁵.

El problema que se plantea en materia de violencia de género es la dificultad de que se cumplan todos los requisitos jurisprudenciales exigibles de la prueba indiciaria. En el caso que la víctima-testigo de violencia de género decidiese no declarar contra su agresor, y se intentase enervar la presunción de inocencia del mismo mediante la prueba indiciaria, sería necesaria la existencia de diferentes hechos bases o indicadores acusatorios con suficiente fuerza acreditativa, exigencias que, dada la naturaleza íntima y privada de los delitos de violencia de género, son difíciles que se den en la práctica.

Por este motivo, ante la falta de claridad de la relación indicio-hecho el Juez debería descartar esta prueba indiciaria, quedando sin prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (al ejercer la víctima-testigo su derecho a no declarar del artículo 416 LECrim) y conduciendo inevitablemente a una terminación del proceso con fallo absolutorio.

Por lo tanto, se erige como una propuesta de mejora débil en cuanto a la imposibilidad de flexibilizar en estos casos las exigencias comentadas sin vulnerar principios básicos procesales.

c) LA DECLARACIÓN DE TESTIGOS DE REFERENCIA

El artículo 710 LECrim admite expresamente la prueba testifical tanto del testigo directo, como del que lo es por referencia (o indirecto), aún consciente el legislador de los riesgos que puede comportar este último a la suficiencia o veracidad del testimonio¹⁶⁶.

Es por ello, por lo que la admisibilidad de la testifical de referencia se presenta condicionada por los siguientes criterios jurisprudenciales¹⁶⁷:

¹⁶⁵ Fundamento jurídico nº 4 de la STC 174/1985, de 17 de diciembre.

¹⁶⁶ LÓPEZ YAGÜES, Verónica, “Los actos de investigación (I)”, en: ASECIO MELLADO, José María (Dir.), *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019, p. 178.

¹⁶⁷ Entre otras: SSTS nº 129/2009, de 10 de febrero, nº 480/2012, de 29 de mayo, nº 61/2013, de 7 de febrero, STS nº 757/2015, de 30 de noviembre, nº 4073/2017, de 11 de octubre.

- i. Siempre que el testigo indirecto sea conocido del testigo directo.
- ii. Si es conocido el testigo directo, el Estado debe intentar localizarlo y si no es posible su hallazgo, recibir la declaración del testigo indirecto o de referencia.
- iii. Únicamente la declaración del testigo servirá para constatar, en su caso, la veracidad del testimonio de ese otro directo u otra prueba practicada.
- iv. Si no se proporciona la identidad del testigo presencial del hecho que lo da a conocer al de referencia, no podrá tenerse en cuenta esta testifical.

Según lo expuesto, se impediría por tanto, la declaración en calidad de testigo de referencia a toda persona que reciba información a través de un testigo directo anónimo, pero sí podría considerarse como testigo de referencia los propios agentes que atendieron a la víctima para paliar la falta de declaración de la propia víctima tras acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim (tal y como dispone el artículo 717 LECrim).

Sin embargo, la jurisprudencia y parte de la doctrina¹⁶⁸ ha venido indicando “que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral”¹⁶⁹.

Es decir, la declaración prestada por aquel testigo que lo es por referencia no puede sustituir la declaración de la víctima de violencia de género en caso que esta decida ejercer su derecho a no declarar contra el presunto agresor, puesto que se vería vulnerada la voluntad de la misma a no declarar.

Por lo tanto, el testimonio de referencia actúa en el proceso penal como un indicio más y unido a los testigos directos. Resultado que, no suple eficazmente la problemática que se presenta cuando la víctima de violencia de género (y como único testigo directo de los hechos) decide no declarar. Únicamente esta figura probatoria es de utilidad cuando existen otras testificales, al permitirle al enjuiciador obtener una convicción incuestionable sobre la producción de los hechos.

¹⁶⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “El silencio procesal de las víctimas”, op. cit., p. 5.

¹⁶⁹ Por todas: STS nº 415/2017, de 8 de junio (Fundamento jurídico nº 5).

d) POSIBLES REFORMAS LEGALES

Llegados a este punto del presente trabajo, es conveniente reflexionar acerca de una posible modificación legislativa que ofrezca luz a las dificultades del artículo 416 LECrim acontecidas en los procesos penales por violencia de género.

El estado de la cuestión que se ha venido exponiendo, pese al último giro jurisprudencial anteriormente analizado, continúa presentando problemas, dudas y discusiones sobre su aplicabilidad en los procesos de violencia sobre la mujer.

La propuesta de un cambio legislativo en esta materia que evite disfuncionalidades jurídicas siempre ha estado presente¹⁷⁰. Por ejemplo, GALLARDO RODRÍGUEZ¹⁷¹ ha defendido una modificación legal del artículo 416 LECrim la cual excluya explícitamente a las víctimas-testigos de los delitos comprendidos en el artículo 173.2 CP del derecho a no declarar, a su modo de ver, en aras de ampliar la seguridad jurídica y protección de las víctimas de violencia de género¹⁷².

En un sentido parecido ha venido apuntado la FGE de la Sala especializada contra la Violencia sobre la Mujer¹⁷³, expresando la urgencia que requiere la reforma del artículo 416 LECrim en la Memoria de 2019^{174 175}. Se proponía una modificación

¹⁷⁰ Para ver más: PIÑEIRO ZABALA, Igor, “La víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 24 (2011), p. 105.

¹⁷¹ GONZÁLEZ MONJE, Alicia, “La declaración del testigo-víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en: GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena (Coord.), *Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos*, Granada: Editorial Comares, 2013, p. 348.

¹⁷² En el mismo sentido encontramos a VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, op. cit., p. 33.

¹⁷³ Asimismo, en la reciente reunión de Fiscales Especialistas en Violencia de Género el pasado 17 de diciembre de 2020 se ha otorgado una gran importancia, además de la necesidad de reforma legal, al asesoramiento e información efectiva y multidisciplinar a la víctima-testigo (aspecto que ya se remarcó en la LOMPIVG de 2004 y en el Estatuto de la Víctima de 2015). Un correcto asesoramiento, información y asistencia a la víctima comporta que el Juez tenga absoluto convencimiento de la decisión de la víctima en relación al derecho de opción que la ley le atribuye. (Unidad de Violencia sobre la Mujer de la Fiscalía General del Estado, “Conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialistas en Violencia de Género- Diciembre 2020”, (2020), en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/688f52f2-9775-d40b-d91c-7b5350acba9c> [consultado:18/04/2021].

¹⁷⁴ Postura ya acogida anteriormente y expresada en la ya referenciada Circular 6/2011, de 2 de noviembre.

¹⁷⁵ Fiscalía General del Estado, “Memoria de 2019 de la Fiscalía General del Estado”, (2020), en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html [consultado: 18/03/2021].

del precepto que pasase por la exclusión total de la posibilidad de ejercer el derecho a no declarar por parte de la testigo-víctima de violencia de género contra su agresor (o al menos de los testigos denunciadores).

El fundamento en el cual sostenían su posición se basaba en el hecho que la dispensa constituía un elemento “que pervierte el carácter público de la violencia de género, y puede ser otro elemento de presión sobre una víctima tan vulnerable”¹⁷⁶.

Como propuesta alternativa se ha considerado la posibilidad de permitir que la declaración prestada en fase de instrucción por la víctima-testigo sea introducida mediante lectura en el juicio oral, en virtud del artículo 730 LECrim. Propuesta que se presentaría en los términos antes expuestos sobre la prueba preconstituida, teniendo por fundamento la imposibilidad de declarar en plenario (considerando en este punto el miedo, dependencia emocional, coacciones y presiones por parte del investigado o terceros)¹⁷⁷. Ciertamente es que esta propuesta no comporta que posteriormente a la lectura de las declaraciones sumariales, la víctima-testigo fuese sometida a un interrogatorio para esclarecer posibles retracciones o contradicciones (puesto que atentaría contra su decisión y derecho a no declarar en fase de juicio oral), sino que pasaría a formar parte del conjunto de elementos probatorios con el que cuenta Juez a la hora de dictar la resolución judicial.

Considero conveniente en este epígrafe hacer mención al Anteproyecto de la LECrim aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 24 de noviembre de 2020¹⁷⁸, el cual ha venido a anunciar la necesaria reforma legislativa mediante una esperanzadora modificación del artículo 416 LECrim.

En su artículo 660.2 se recoge la obligación de declarar del testigo que esté, o haya estado, personado en el procedimiento como acusación particular, así como el

¹⁷⁶ Fiscalía General del Estado, “Memoria de 2019 de la Fiscalía General del Estado”, (2020), en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html [consultado: 18/3/2021].

¹⁷⁷ En este sentido: VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, op. cit., p. 33, y PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La ruptura del silencio del cómplice”, op. cit., p. 36.

¹⁷⁸ Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.icaib.org/wp-content/uploads/2020/11/ANTEPROYECTO_LECRIM_2020.pdf [consultado: 10/4/2020].

testigo que haya aceptado declarar (una vez estado informado adecuadamente de la existencia de la dispensa) en los siguientes términos:

Artículo 660: «2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:

(...)

c) Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

d) Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo».

Como puede observarse, la propuesta de reforma normativa de la dispensa a no declarar ha seguido la misma tónica que se adoptó en la reciente (y aquí analizada) STS nº 389/2020, de 10 de julio, la cual venía a retomar el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno del TS de 24 de abril de 2013.

Al efecto, esta postura viene a revelar el poder *lege ferenda* que presentan los Acuerdos No Jurisdiccionales, al que antes ya se ha hecho referencia. Si bien es cierto que no se adopta el último acuerdo, la propuesta del legislador ha continuado con la interpretación adoptada recientemente por los tribunales, la cual volvía a acoger lo dispuesto en el primer acuerdo de 2013.

En este sentido, y tal como se fundamentó en dicha sentencia, está más que justificada la restricción del ámbito de la dispensa a este tipo de víctima-testigo en la protección de la misma, evitando coacciones o presiones por parte del propio investigado (o terceros) con la finalidad que se amparen en la dispensa.

Y es que, si el anteproyecto consigue un final exitoso, se evitará que muchas víctimas de violencia de género sean objeto de coacción, intimidación, amenazas o presiones una vez deciden denunciar o personarse como acusación particular, al no poder posteriormente acogerse al derecho a no declarar.

Cierto es que, el legislador ha perdido la oportunidad en este anteproyecto de introducir expresamente la exclusión del ámbito de la dispensa a no declarar a las víctimas de violencia de género, pero puede que sustente esta decisión en la

inoportuna mutilación de un derecho procesal con efectos tan importantes en materia de violencia de género.

De todos modos, es de celebrar esta posible futura legislación en aras de esclarecer y solucionar los problemas procesales que durante este trabajo se han ido abordando, y conseguir finalmente una posición estable y unánime en una cuestión tan importante y delicada como es la violencia de género en 2021.

6. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha realizado una aproximación a la problemática que ocasiona la aplicación del artículo 416 LECrim en el proceso penal cuando se da la condición dual de víctima-testigo en los delitos de violencia de género o sobre la mujer. Una vez analizada la cuestión, incluyendo su evolución normativa, ámbito de aplicación, impacto que ha tenido el vaivén jurisprudencial, los problemas prácticos procesales que se presentan, e inclusive propuestas legislativas alternativas como vía de solución, procede, a modo de cierre, exponer de forma concisa las conclusiones que se han ido suscitando a lo largo del trabajo. Estas podrían resumirse de la siguiente forma:

PRIMERO.- La violencia de género continúa constituyendo la mayor lacra social que presenta la población española, la cual se sustenta en la percepción histórica sobre la desigualdad entre géneros. Únicamente con un sólido esfuerzo general e integral en todas las esferas de la sociedad en la lucha por la igualdad real podrá llegarse a erradicar.

Si bien es cierto que se están consiguiendo grandes logros en la materia en comparación a tiempos precedentes (véase como ejemplo la entrada en vigor de la LOMPIVG o la cada vez más manifestada conciencia social sobre la cuestión), siguen produciéndose sucesos desesperanzadores que no hacen más que mostrar la ineficacia de los esfuerzos adoptados hasta el momento y la inexcusable obligación de eliminar toda barrera y obstáculo que imposibilite a los órganos jurisdiccionales condenar este tipo de hechos, vulnerando consigo también su carácter de delito público que presentan la mayoría de los tipos penales españoles.

Resulta insuficiente destacar el papel de la víctima de violencia de género en el proceso penal, otorgándole un cuidadoso estatus y una protección reforzada, si luego persisten mecanismos legales, como el artículo 416 LECrim, con los que no se hace más que contribuir a dejar impunes delitos de violencia machista y despojar de toda protección a la víctima.

SEGUNDO.- La fundamentación de la dispensa de la obligación a declarar por razón de parentesco, tal y como se ha dejado patente a lo largo del estudio, se halla

en la idoneidad de apartar a aquel testigo que debe declarar del conflicto que dicho acto le ocasionaría con su deber de lealtad familiar.

Por lo tanto, esta justificación, la cual ha venido a ser respaldada reiteradamente por nuestros órganos jurisdiccionales, no puede ser extrapolada a aquellos supuestos donde el testigo también sea la víctima de esos hechos con apariencia delictiva, y más aún, cuando se trata de delitos de violencia sobre la mujer.

Tal y como se ha podido observar, las razones que motivan mayoritariamente a la mujer a decidir no declarar y ejercer el derecho que le proporciona el artículo 416 LECrim aparecen relacionadas con el miedo por represalias, por creer en las falsas promesas del agresor, por el hecho de ser el progenitor de sus hijos... motivos que solo hacen que prolongar el sufrimiento de la víctima, y en el peor de los casos, agudizarlo. Por lo tanto, no se aprecia en ningún momento como razón motivadora de la decisión de la víctima la solidaridad y lealtad hacia la persona investigada con la que mantiene fuertes vínculos sentimentales.

Esta frágil posición de la víctima de violencia de género ocasiona difuminar ese conflicto entre decir la verdad y la lealtad familiar, puesto que es injustificable que el ordenamiento jurídico consienta hablar de solidaridad o fidelidad con el familiar investigado, cuando este es quien ejerce este tipo de violencia tan deleznable.

TERCERO.- El artículo 416 LECrim no ha contado con una reforma efectiva o desarrollo legislativo con el que frenar todas las divergencias y vaivenes jurisprudenciales surgidos a lo largo del tiempo, así como tampoco todas las problemáticas prácticas que tienen lugar a lo largo del proceso penal.

Por ese motivo, ha sido necesario que los órganos judiciales mediante sus resoluciones y otros instrumentos legalmente previstos, como ha podido ser el de los Acuerdos No Jurisprudenciales, hayan delimitado y proporcionado contenido al referido artículo, no exento de idas y venidas.

Los Acuerdos No Jurisprudenciales han gozado de un gran protagonismo en la regulación objeto de estudio, pudiendo establecer la antesala de una posible reforma legal pese a las críticas vertidas por haber podido extralimitarse en sus funciones y

haberse adjudicado erróneamente una especie de poder legislativo que en ningún caso le fue otorgado.

CUARTO.- El ordenamiento procesal español cuenta sobradamente con mecanismos suficientes con los que hacer frente a la cuestión. Durante este trabajo se ha indicado la voluntad de numerosas voces sobre la realización de una reforma normativa mediante la cual se excluyese expresamente del derecho a no declarar a la víctima-testigo de violencia de género, posición a la que me adhiero con firmeza.

Dicho derecho a no declarar queda totalmente desdibujado cuando nos encontramos ante este tipo de víctimas-testigo. Indudablemente obligar a la víctima de violencia de género a declarar contra su agresor, con el que además mantiene una relación “afectiva”, comporta superar el nivel de exigibilidad requerido a esta parte procesal. Pero ahora bien, el legislador cuenta con instrumentos jurídicos como la prueba preconstituida, comentada anteriormente, la cual permitiría hacer uso de las declaraciones de la víctima efectuadas anteriormente al plenario (siempre con respeto a las garantías básicas procesales) para que posteriormente sean leídas en el juicio, consiguiendo así una satisfactoria protección a la víctima al no hacerle revivir hechos tan dolorosos, enfrentarse al acto del juicio oral, y otras situaciones complicadas que son más que evitables.

QUINTO.- La compleja y delicada situación que padece una víctima de violencia de género, la cual no siempre la recibe de forma física, sino que también se ejerce de forma silenciosa, denigrante e imperceptible, dificulta su punición social y judicial.

El calvario que sufre este tipo de víctimas tiene efectos directos en su actuación procesal. Por lo que abogo, al margen de una reforma legislativa del artículo 416 LECrim, por una perspectiva de género en todas las esferas de la sociedad, y con especial alusión al refuerzo de los equipos de apoyo a la víctima.

Si no conseguimos formular un vigoroso sistema que proteja eficazmente a la víctima, y le dote de herramientas para ser capaz de terminar con tal situación, una exclusión expresa a este tipo de víctimas de la dispensa a declarar solo haría que

agravar más su situación, al abocarlas posiblemente a incumplir su juramento o promesa de decir verdad y acarrear más problemas.

SEXTO-. Debe prestarse una especial atención al Anteproyecto de LECrim de 2020, que de forma esperanzadora ha apostado por una reforma del artículo 416 LECrim, mediante la cual excluye a aquel testigo que se hubiese personado o continuase estando como acusación particular, o hubiese aceptado declarar durante el proceso después de la correspondiente información de la dispensa. Esta propuesta de reforma, que ha adoptado claramente la última posición del TS en 2020 que venía a rescatar el acuerdo de 2013, comporta discernir entre la persona denunciante y aquella que decide constituirse como acusación particular en el proceso, puesto que solamente será en este último caso el que implicará estar obligada a declarar.

Cierto es que se ha desechado la oportunidad de excluir expresamente este tipo de supuestos y así dar un paso en firme en la lucha contra la violencia machista, pero es de destacar el “poder” *lege ferenda* que ha resultado tener tanto la jurisprudencia como los Acuerdos No Jurisdiccionales en esta propuesta legislativa.

En definitiva, no puede desmerecerse una reforma como la que aparece en el Anteproyecto de LECrim aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 24 de noviembre de 2020, puesto que no deja de ser un importante logro en el avance hacia la eliminación de dicha lacra social.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y partes monográficas

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel y SERRANO MASIP, Mercedes, “Denuncia y dispensa del deber de declarar” en: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.) y ALONSO SALGADO, Cristina (Coord.), *Violencia de género y Justicia*, Santiago de Compostela: Editorial Tirant lo Blanch, 2013, pp. 549-580.

CUENCA GARCIA, María José, “La violencia en el ámbito familiar: historia y actualidad”, en: ESPUNY TOMÁS, María Jesús y ZAPATER LUQUE, Esther, *La docencia del derecho con perspectiva de género*, Madrid: Editorial Dykinson, 2018, pp. 151-168.

CUETO MORENO, Cristina, *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Madrid: Editorial Dykinson, 2017, pp. 403-411.

FUENTES SORIANO, Olga, “Especialidades en materia de violencia de género”, en: ASECIO MELLADO, José María (Dir.), *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019, pp. 535-547.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2º Edición, Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2018.

GONZÁLEZ MONJE, Alicia, “La declaración del testigo-víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en: GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena (Coord.), *Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos*, Granada: Editorial Comares, 2013, pp. 345-352.

GRANADOS PÉREZ, Carlos, *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para Unificación de Jurisprudencia: años 1991-2016*, 2º Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica, “Los actos de investigación (I)”, en: ASECIO MELLADO, José María (Dir.), *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019, pp. 171-220.

LORENTE ACOSTA, Miguel; LORENTE ACOSTA José Antonio y LORENTE ACOSTA, Manuel Javier, *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Granada: Editorial Comares, 1998.

RAMON RIBAS, Eduardo, *Violencia de género y violencia doméstica*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

REYNAL QUEROL, Núria, “Algunas notas acerca del testimonio de la víctima en los casos de violencia de género”, en: ESPUNY I TOMÁS, María Jesús; VALLÉS MUÑÍO, Daniel y VELO FABREGAT, Elisabet (Coord.), *La investigación en Derecho con perspectiva de género*, Madrid: Editorial Dykinson, 2020, pp. 369-387.

ROBLES GARZÓN, Juan Antonio y ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (Coord.), *Lecciones breves de derecho procesal penal*, 2º Edición, Granada: Editorial Comares, S.L., 2020.

RUÍZ LÓPEZ, Cristina, “La denuncia del delito de violencia de género: Perspectivas interrelacionadas”, en: SOLETO MUÑOZ, Helena (Ed.), *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Madrid: Editorial Dykinson, 2015, pp. 75-101.

SERRAT MORE, Dolores, “Violencia en el ámbito doméstico”, en: ELÓSEGUI ITXASO, María y GONZÁLEZ CORTÉS, María Teresa (Ed.), *El rostro de la violencia: más allá del dolor de las mujeres*, Barcelona: Icaria Editores, 2002, pp. 119-130.

WALKER, Lenore, *The Battered woman*, Nueva York: Harper and Row, 1979.

Artículos de revista

BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 LECRIM: Evolución jurisprudencial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3 (2018), pp. 13-46, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/download/24408/19225>

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “El acceso a la casación penal: una primera aproximación al hilo de la pérdida de su misión prioritaria y del resurgir de la distinción *ius constitutionis-ius litigatoris*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de*

la Universidad Autónoma de Madrid, nº 22 (2018), pp. 317-354, disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/690005/AFDUAM_22_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 9713 (2020), disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/10/09/nueva-doctrina-jurisprudencial-sobre-la-dispensa-del-deber-de-declarar-en-violencia-de-genero>

DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina, “La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19-22 (2017), pp. 1-36, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6243347>

DOMÍNGUEZ CASTELLANO, Fátima et al., “La práctica de la prueba en la violencia de género”, *Guía de intervención judicial sobre violencia de género* (2014), pp. 77-84, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/practica-prueba-violencia-genero-649011825>

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, “A vueltas con la doctrina del Pleno STS 389/20 del artículo 416 LECrim y la dispensa del derecho a declarar: incertidumbre, reformas y alternativas de futuro”, *El Derecho.com*, (2020), disponible en: <https://elderecho.com/vueltas-la-doctrina-del-pleno-sts-389-20-del-articulo-416-lecrim-la-dispensa-del-derecho-declarar-incertidumbre-reformas-alternativas-futuro>

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 769 (2009), pp. 1-8, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2882845>

HERRERO ÁLVAREZ, Sergio, “El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género”, *Revista Sala de Togas*, nº

80 (2021), pp. 20-22, disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7576026>

HERRERO ÁLVAREZ, Sergio, “La dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: acuerdo del TS de 23/1/2018”, *Diario La Ley*, nº 9194 (2018), disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-igualdad-violencia-genero/la-dispensa-del-deber-de-declarar-en-procesos-por-violencia-de-genero-acuerdo-del-ts-de-2312018/>

LIBANO BERISTAIN, Arantza, “La protección reforzada como eje central de las reformas en materia de violencia doméstica y de género: luces y sombras”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 46 (2018), pp. 1-28, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6573094>

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del acuerdo de 18 de julio de 2006)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 10-02 (2008), pp. 02:2-02:25, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf>

MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de Género: Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 08-02 (2006), pp. 02:1-02:13, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>

MARTÍNEZ MORA, Gemma, “La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del Artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2176 (2015), pp. 1-20, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5016727.pdf>

MONTERDE FERRER, Francisco, “Acuerdos plenarios no jurisdiccionales y jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Seguridad jurídica e independencia judicial”, *Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Cuaderno nº 89 (2018), disponible en: <http://www.ravjl.com/bd/archivos/archivo75.pdf>

MORENO CUERVA, Luisa Pilar, “La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación”, *Universitat Autònoma de Barcelona*, (2016), disponible en:

<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/399167/lpmc1de1.pdf?sequence=1>

ORTEGA GUTIÉRREZ, David, “Constitución Española: Sinopsis artículo 24”, *Portal online del Congreso de los Diputados*, (2003), disponible en:

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tip o=2>

ORTEGO PÉREZ, Francisco, “Reflexiones acerca de la imputación y los estatus procesales de «investigado» y «encausado»”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 1 (2016), pp. 201-219, disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5833967>

PERAMATO MARTÍN, Teresa, “Aspectos jurídicos de la violencia de género: Evolución”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 51 (2015), pp. 8-25, disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5273724>

PERAMATO MARTÍN, Teresa, “La ruptura del silencio del cómplice: Especial referencia a la obligación de denuncia de los profesionales y a la dispensa del artículo 416 LECrim”, *VI Congreso del Observatorio Contra la violencia doméstica y de género (CGPJ)*, (2016), pp. 1-36, disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%C3%93N%20CONTINUA/P LAN%20ESTATAL/MATERIALES%20DOCENTES/FICHERO/EX1644-Mesa%20I%2003%20Peramato%20Martin.pdf>

PIÑEIRO ZABALA, Igor, “La víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 24 (2011), pp. 91-116, disponible en:

<https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/1215245063566/1284174445478/Redaccion>

ROMÁN LLAMOSI, Sofía, “Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

Violencia de Género”, *Revista de Derecho vLex*, nº 179 (2019), pp. 1-56, disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/delitos-violencia-genero-analisis-774122629>

SERRANO OCHOA, María Ángeles; SIBONY, Ruby y REINA TORANZO, Olga, “La prueba y la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procesos de violencia de género”, *Revista La Toga*, nº 182 (2011), disponible en: <https://www.revistalatoga.es/la-prueba-y-la-dispensa-del-deber-de-declarar-por-la-testigo-victima-en-los-procesos-de-violencia-de-genero/>

SERRANO PÉREZ, Inmaculada, “La dispensa a no declarar del artículo 416 LECrim en los procedimientos de violencia de género”, *Fundación Internacional de Ciencias Penales*, (2018), pp. 1-14, disponible en: <https://ficip.es/wp-content/uploads/2018/08/Serrano-P%C3%A9rez.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “¿El Tribunal Supremo legislador? (El valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2 (2007), pp. 21-80, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/tribunal-supremo-legislador-valor-704214309>

VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4 (2012), pp. 1-40, disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/922.pdf>

YUGUEROS GARCÍA, Antonio Jesús, “Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, nº 79 (2018), pp. 139-163, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6586904>

Legislación

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. [BOE-A-1978-31229]

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. [BOE-A-2014-5947]

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. [BOE-A-1985-1266]

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. [BOE-A-1989-14247]

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [BOE-A-1995-25444]

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. [BOE-A-1996-750]

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [BOE-A-1999-12907]

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. [BOE-A-2003-18088]

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. [BOE-A-2004-21760]

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. [BOE-A-2009-17493]

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. [BOE-A-2015-4606]

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. [BOE-A-2015-10726]

Protocolo de Actuación y Coordinación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Abogados ante la Violencia de Género regulada en la LOMPIVG, disponible en:

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/profesionalesInvestigacion/seguridad/protocolos/pdf/Protocolo_Actuacion_Coordinacion_Fuerzas_Cuerpos_Seguridad_Estado_Abogados_Abogadas_mejorar_asistencia_juridica.pdf

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [BOE-A-1882-6036]

Recomendación nº 19 de 1992 de la CEDAW, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbd535.html>

Jurisprudencia y doctrina judicial

Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim, disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/JURISPRUDENCIA/20130509%20Acuerdos%20Pleno%20TS%20Sala%202%20de%202024-04-2013.pdf>

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim, disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/20180123%20Acuerdos%20Pleno%20No%20Jurisdiccional%20Sala%202%20TS%20.pdf>

Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer [FIS-C-2011-00006].

Conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialistas en materia de Violencia sobre la mujer de 17 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/encuentro-fiscales-especialistas-en-materia-de-violencia-sobre-la-mujer>

SAP Valencia nº 148/2005, de 26 de abril.

SAP Murcia nº 24/2006, de 15 de marzo.

SAP Madrid nº 951/2008, de 18 de septiembre.

SAP Barcelona nº 602/2011, de 11 de julio.

SAP Burgos nº 400/2013, 25 de septiembre.

SAP Madrid nº 1040/2013, de 15 de julio.

SAP Madrid nº 392/2014, de 23 de junio.

SAP Baleares nº 87/2015, 7 de abril.

SAP Navarra nº 112/2015, 19 de junio.

STS nº 460/1973 de 26 de noviembre.

STS nº 706/2000, de 26 de abril.

STS nº 313/2002, de 22 de febrero.

STS nº 1225/2004, de 27 de octubre.

STS nº 339/2007, 30 de abril.

STS nº 385/2007, de 10 de mayo.

STS nº 625/2007, de 12 de julio.

STS nº 101/2008, de 20 de febrero.

STS nº 294/2008, de 27 de mayo.

STS nº 294/2009, de 28 de enero.

STS nº 129/2009, de 10 de febrero.

STS nº 292/2009, de 26 de marzo.

STS nº 5576/2009, de 11 de mayo.

STS nº 160/2010, de 5 de marzo.

STS nº 739/2011, de 14 de julio.

STS nº 480/2012, de 29 de mayo.

STS nº 1010/2012, de 21 de diciembre.

STS nº 61/2013, de 7 de febrero.

STS nº 304/2013, de 26 de abril.

STS nº 670/2013, de 19 de julio.

STS nº 854/2013, de 30 de octubre.

STS nº 703/2014, de 29 de octubre.

STS nº 2240/2015, de 8 de mayo.

STS nº 449/2015, de 14 de julio.

STS nº 757/2015, de 30 de noviembre.

STS nº 557/2016, de 23 de junio.

STS nº 965/2016, de 21 de diciembre.

STS nº 4073/2017, de 11 de octubre.

STS nº 49/2018, de 30 de enero.

STS nº 205/2018, de 25 de abril.

STS nº 532/2019, de 4 de noviembre.

STS nº 389/2020, de 10 de julio.

STS nº 457/2020, de 17 de septiembre.

STC 201/1989, de 30 de noviembre.

STC nº 174/1985, de 17 de diciembre.

STC nº 173/1990, de 12 de noviembre.

STC nº 229/1991, de 28 de noviembre.

STC nº 94/2002, de 22 de abril.

STC nº 94/2010, de 15 de noviembre.

STC nº 205/2018, de 25 de abril.

Fuentes estadísticas

Consejo General del Poder Judicial (España), “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial - Anual 2020”, (2020), en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2020> [consultado: 25/03/2021].

Fiscalía General del Estado, “Memoria de 2019 de la Fiscalía General del Estado”, (2020), en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html [consultado: 18/3/2021].

Instituto Nacional de Estadística (<https://www.ine.es/>).

Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género de España), “Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019”, (2020), en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> [consultado: 01/04/2021].

ANEXOS

Anexo nº 1: Medios por los cuales se procedió a denunciar delitos por violencia de género en 2020.

TOTAL DENUNCIAS	Presentadas directamente en el juzgado		Atestados policiales			Parte de lesiones recibido directamente en el juzgado	Terceros en general
	Por la víctima	Por familiares	Con denuncia de la víctima	Con denuncia de familiar	Por intervención directa policial		
(150.785) 100%	1,76%	0,16%	69,68%	1,88%	13,44%	9,45%	3,62%

Fuente: Informe Estadístico Anual de 2020 realizado por el Consejo General del Poder Judicial¹⁷⁹.

Anexo nº 2: Presencia de denuncia previa en las víctimas mortales por violencia de género en 2019.

Víctimas mortales por violencia de género según existencia de denuncia previa y según medidas de protección vigentes. 2019		
	nº	%
Total víctimas	55	100%
Sin denuncia previa	40	72,7%
Con denuncia previa	11	20,0%
Existencia de medida de protección en vigor	4	7,3%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Consejo General del Poder Judicial (España), “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial - Anual 2020”, (2020), en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2020> [consultado: 25/03/2021].

¹⁸⁰ Instituto Nacional de Estadística, disponible en: https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=v02002.px [consultado: 10/02/2021].

Anexo nº 3: “El Ciclo de la Violencia en la Pareja” de L. Walker.

La teoría de “El Ciclo de la Violencia en la Pareja” de la psicóloga norteamericana Leonore Walker, formulada en 1979¹⁸¹, que explica algunos de los motivos por los cuales las víctimas de violencia de género deciden acogerse a la dispensa y no declarar contra su presunto agresor. Esta teoría que sobre el proceso de maltrato se divide en tres fases o etapas que varían en tiempo e intensidad según la pareja:

- i. El proceso de violencia se inicia con una “fase de acumulación de tensiones”. En esta primera fase se producen enfrentamientos y enfados, agresiones psicológicas, cambios bruscos de actitudes o incidentes menores (como empujones, codazos) del agresor hacia la víctima que van creando un clima de temor e inseguridad en la mujer. La víctima, por su lado presenta una posición con la que intenta negar y justificar la conducta del agresor.
- ii. Posteriormente acontece la “fase de explosión o agresión”, donde la tensión acumulada en la fase anterior por parte del agresor se descarga mediante maltrato físico y agresiones psicológicas de gran intensidad. Supone la pérdida de control de la situación y la destrucción de la mujer por parte del agresor. La víctima ante esta situación presenta un miedo extremo, paralización y bloqueo emocional que le impide en muchos casos la búsqueda de auxilio. En alguna ocasión, tras varios días desde los violentos sucesos la víctima es capaz de recobrarse de tal colapso y decide buscar ayuda, o distanciarse de la pareja.
- iii. Por último, finalizaría el ciclo con la “fase reconciliación” o “luna de miel”. Se trata de un periodo de falsa calma donde el hombre actúa especialmente cariñoso, y agradable, e incluso pide perdón y muestra arrepentimiento sobre lo ocurrido, comprometiéndose y convenciéndola que no volvería a suceder más. Ante este comportamiento, la mujer abandona toda posibilidad de finalizar con la situación de violencia con la que vive.

¹⁸¹ WALKER, Lenore, *The Battered woman*, Nueva York: Harper and Row, 1979.

Este patrón cíclico no siempre se reproduce de la misma forma, puesto que según Walker, hay ocasiones donde la fase de explosión no se produce o si se produce, se realiza con una baja intensidad.

La teoría del Ciclo de la Violencia ayuda a entender por qué muchas mujeres soportan la violencia durante largos periodos de tiempo, al caer (constantemente) en la creencia de que su pareja cesará de tal comportamiento.

Anexo n° 4: Motivos para retirar la denuncia.

¿Por qué retiró usted la denuncia?		
	n°	%
Es/era el padre de mis hijos/as	23	13,22%
Estaba enamorada/le quería	10	5,75%
Pensó que podía cambiar/ha cambiado	10	5,75%
Se lo aconsejaron	7	4,02%
Se separaron	19	10,92%
Le prometió que no iba a suceder más	20	11,50%
Por miedo	26	14,94%
Por amenazas	16	9,19%
Carecía de recursos económicos propios	6	3,45%
Sentía pena de su pareja	20	11,50%
Otros motivos	16	9,19%
N/C	1	0,57%

Fuente: Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019¹⁸².

¹⁸² Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género), “Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019”, (2020), en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> [consultado: 01/04/2021].

Anexo nº 5: Sentencias dictadas en el ámbito de Violencia de Género en 2020.

Órgano	Total sentencias	Fallo condenatorio	%	Fallo absolutorio	%
Juzgados de Violencia sobre la Mujer	18.542	16.402	88,46%	2.140	11,54%
Juzgados de lo Penal	22.724	13.702	60,30%	9.022	39,70%
Audiencias Provinciales	302	243	80,46%	59	19,54%
TOTAL	41.568	30.347	73,01%	11.221	26,99%

Fuente: Informe Estadístico Anual de 2020 realizado por el Consejo General del Poder Judicial¹⁸³.

¹⁸³ Consejo General del Poder Judicial (España), “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial - Anual 2020”, (2020), en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2020> [consultado: 25/03/2021].